LOS DERECHOS A LA LIBERTAD E INTEGRIDAD PERSONAL EN EL *BRAVE NEW CONSTITUTIONALISM* DE BUSH II Y OBAMA

AGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ
Universidad de León

INTRODUCCIÓN

> "La ley. Una ley, pensaba, aunque sea inicua, siempre es una forma de la razón: para lograr el fin de extrema y definitiva iniquidad, los mismos que la han querido y que la han hecho están obligados a infringirla, a violarla. El fascismo también era eso: conculcar incluso sus propias leyes. Y el comunismo de Stalin también, o más aún ¿Y la pena de muerte? Pero la pena de muerte no tiene nada que ver con la ley: supone consagrarse al delito, consagrarlo" (*Leonardo Sciascia, El Caballero y la Muerte*)

Este trabajo indaga dos misterios constitucionales. El primer misterio atañe la transformación del contenido sustantivo del discurso constitucional estadounidense, en el que se ha pasado de (a) considerar a la detención indefinida y la tortura por *fiat* gubernativo como violaciones flagrantes de los derechos humanos a (b) que el Presidente afirmarse que tales medidas constituyen medios imprescindibles para la defensa de la seguridad nacional, y por ende, son necesarias para la supervivencia de la comunidad política (a este peculiar discurso constitucional me referiré en este trabajo como *brave new constitutionalism*). Esta transformación es misteriosa porque trasciende el conocido fenómeno de erosión de los

estándares de comportamiento de las autoridades públicas en situaciones de guerra, crisis o emergencia constitucionales.[1] La diferencia (y es una enorme diferencia en términos tanto sustantivos como simbólicos) consiste en la pretensión de *convertir la infracción en el nuevo estandard constitucional*; en juridificar, constitucionalizar, y por tanto, *hacer de la excepción la norma*. El segundo misterio concierne el cómo haya sido posible una transformación tal en un lapso de tiempo brevísimo (esencialmente, el que media entre el 10 y el 11 de Septiembre de 2001). Al mismo tiempo que el Presidente de Estados Unidos afirmaba que los terroristas no lograrían cambiar el modo de vida de Estados Unidos (sino de Occidente en general),[2] los estadounidenses se acostaron con una constitución y se levantaron con otra.

En los más de diez años transcurridos desde la articulación del *brave new constitutionalism,* los libros y artículos de revista escritos sobre el tema han ido ocupando centenares de metros de estantería en las bibliotecas jurídicas. Pese a ello, los dos misterios constitucionales siguen sin resolverse satisfactoriamente. Como recordaré brevemente en la sección I.2 del trabajo, los argumentos sustantivos que se arguyen a favor de la transformación constitucional pretendida por los juristas de Bush II (y crecientemente de Obama) son endebles no sólo a la vista del tenor literal de la Constitución de Estados Unidos y de los tratados internacionales de los que ese país es parte, sino, y sobre todo, se confrontan con la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico estadounidense, a la luz de la tupida red de normas legislativas y sentencias judiciales *pre-11-S*. A ello se une que algunas de las premisas fundamentales del *brave new constitutionalism* (y destacadamente, el carácter radicalmente *novedoso* del terrorismo de Al-Qaeda) están plagadas de contradicciones internas, a la par que sustentadas en un razonamiento circular abiertamente mun-

[1] Una introducción al tema, entre la abundantísima bibliografía, en FISHER, L., *Presidential War Power*, University Press of Kansas, Lawrance, 1995; ISSACHAROFF, S., y PILDES, R. H., "Emergency Contexts without Emergency Powers: The United States' Constitutional Approach to Rights during Wartime", *ICON*, nº 2, 2004, pp. 296-333. Sobre la cadencia en el retorno a la normalidad, véase TUSHNET, M., "The political constitution of emergency powers: parliamentary and separation-of-powers regulation", *ICON*, nº 3, 2007, pp. 275-288.

[2] Discurso del Presidente George Bush de 11 de Septiembre de 2001, disponible en http://articles.cnn.com/2001-09-11/us/bush.speech.text_1_attacks-deadly-terrorist-acts-despicable-acts?_s=PM:US: "America was targeted for attack because we're the brightest beacon for freedom and opportunity in the world. And no one will keep that light from shining."

chasiano (el terrorismo de Al Qaeda es radicalmente nuevo, por lo que se necesitan nuevas categorías con que describirlo; de la introducción de categorías radicalmente nuevas se deriva que el terrorismo de Al Qaeda es radicalmente nuevo). Pero cuanto más despiadada haya de ser la crítica, cuanto menos solidez reconozcamos a los argumentos de los juristas de Bush II y de Obama, más profundos serán los misterios ¿Cómo es posible que de la noche a la mañana las técnicas de Carlos I hayan pasado a ser consideradas medios de realización de los valores de la Declaración de Independencia y de la Constitución de 1787?

En este trabajo sostengo que para disolver estos dos misterios constitucionales, es imprescindible analizar y evaluar el *brave new constitutionalism* no sólo, y no principalmente, en tanto que parte de un discurso jurídico-constitucional, cuanto en su condición de parte fundamental del discurso de comunicación política *con la forma externa* de argumento jurídico-constitucional. Hay poderosas y urgentes razones para tomarse muy en serio el discurso constitucional estadounidense post-11-S en tanto que retórica *que instrumentaliza el derecho* al servicio de la ampliación de la discrecionalidad de los gobernantes (del *ejecutivo*, en la imprecisa pero extendida terminología político-constitucional).

De ahí que la sección segunda del trabajo se dedique a determinar *cómo* se ha manipulado el discurso jurídico y *cómo* se han hecho pasar por argumentos *plausibles* lo que hasta fechas recientes eran tesis constitucionalmente *inconcebibles*. Me ocupo en particular de la medida en la que los juristas de corte de las administraciones estadounidenses de la última década se han valido de la innovación conceptual—propia, intrínseca al derecho—como medio fundamental para alterar la percepción del mundo de los ciudadanos, de la radicalización de la concepción de la constitución como conjunto de principios para zafarse de la prohibición absoluta del uso de la tortura y del fenomenal peso abstracto del derecho a la tutela judicial efectiva, y de la defensa de una concepción elefantiástica de las prerrogativas del jefe de gobierno en situaciones de pretendida amenaza existencial como instrumento para ocultar la medida en que la práctica del poder infringe la constitución y menoscaba la cultura constitucional de Estados Unidos.

En la tercera sección considero la medida en la que el *brave new constitutionalism* ilumina dos cuestiones teóricas de calado, y cuya importancia trasciende la puntual transformación del derecho constitucional estadounidense: (1) los límites del derecho como medio de integración

y (2) las debilidades estructurales del Estado Democrático de Derecho, el margen que el mismo deja a quienes tratan de subvertirlo *desde su interior*, aprovechando sus propias debilidades estructurales.[3] Esta relación estructural me lleva a concluir que los europeos haríamos bien en abandonar la esperanza (vana) de que nos encontremos ante un fenómeno idiosincráticamente estadounidense, ante una consecuencia (puramente temporal) del *shock* que representaron los atentados del 11-S en Estados Unidos. Nada nos garantiza que vayamos a librarnos de nuestra propia versión del *brave new constitutionalism*; quizá lo hayamos ya empezado a sufrir durante el proceso de elaboración y ratificación del llamado Tratado de Lisboa, y aún con más claridad, en el (mal) gobierno de la crisis financiera, fiscal y económica que golpea a los europeos desde 2007.

Antes, dos aclaraciones preliminares.

La primera es que es importante resaltar que, si bien este trabajo se circunscribe a los derechos a la libertad e integridad personales, el *brave new constitutionalism* es un proyecto de transformación constitucional *sistemático*, del que las nuevas formulaciones del derecho a la libertad e integridad personales son sólo una parte—aunque fundamental y determinante. La mayoría de las noticias sobre la "guerra contra el terrorismo" que hemos leído o nos han sido leídas y visualmente narradas, incluso las que nos llegan de los medios de comunicación más críticos con la evolución constitucional estadounidense, tienden a incurrir en el grave error de perspectiva de presentar cada uno de los aspectos de la política de seguridad nacional y defensa de Bush II y de Obama de forma aislada. De este modo, la gramática y la cadencia de la información nos hacen vívidos los árboles (la tortura, la detención por *fiat* gubernativo, Afpak, Afganistán, Guantánamo, Irak, la designación de jueces o de cargos que requieren la aprobación del senado, la defensa del secreto en nombre de la seguridad del estado) y nos ocultan el bosque (el *brave new constitutionalism,* la lucha por el fortalecimiento del poder presidencial (lo que Arthur Schlesinger Jr. denominara de forma ambivalente *la presidencia* imperial).[4] Esta fragmentación de la información, la ausencia de un

---

3 Una reflexión aguda sobre la subversión de la democracia desde el propio campo democrático en TODOROV, T., *Les ennemis intimes de la démocratie*, Fayard, París, 2012.

4 Con honrosas excepciones. Véanse MAYER, J., *The Dark Side, The Inside Story of How the War on Terror Turned Into a War on American Ideals*, Doubleday, New York, 2008; y SAVAGE, C., *Takeover: The Return of the Imperial Presidency*, Little Brown, New York, 2008. Véase también el imprescindible blog de Glen Grenwald, en www.salon.com/opinion/greenwald .

esfuerzo por situar las distintas noticias en una narrativa sistemática, distorsiona gravemente nuestra visión. Todos los cambios han de ser situados en perspectiva y reconducidos al programa de radical cambio político y constitucional que lleva años, sino décadas incubándose.[5] Y siendo articulado teóricamente en los pasillos del poder, las facultades de derecho y los *think-tanks*.[6] A ello trata de contribuir el presente trabajo (y el anterior ya citado).

La segunda aclaración preliminar se refiere a las diferencias entre el discurso y la práctica constitucionales de la administración Bush II y de la administración Obama. A primera vista, podría parecer burdamente simplista hablar de una continuidad estructural entre ambas ¿Acaso no era marcadamente anti-bushiano, especialmente en cuestiones de seguridad nacional y derechos fundamentales, el programa bajo el que fue elegido Presidente el candidato de Obama? ¿Acaso el Presidente Obama no marcó una clara ruptura con la Presidencia anterior repudiando la tortura y ordenando el cierre de Guantánamo literalmente horas después de su llegada a la Casa Blanca? Sin embargo, una vez que de las de las impresiones (generadas en buena medida gracias a una magistral estrategia de

---

5 Véase el trabajo clásico de SCHLESINGER, A. Jr., *The Imperial Presidency*, Houghton-Mifflin, Boston 1973 (aunque, por razones obvias, la narración llega a su fin con la Presidencia Nixon). La construcción "post-Watergate" de una teoría constitucional estructurada en torno al poder presidencial comenzó a mediados de los años ochenta. El informe minoritario en la comisión Iran-contra, firmado por Dick Cheney, y en cuya elaboración intervino David Addington de forma decisiva, fue fundamental. Véase el revelador capítulo introductorio en Reports of the Iran-Contra Committees: Excerpts From the Minority View, *The New York Times*, 17 de Noviembre de 1987, disponible en http://www.nytimes.com/1987/11/17/world/reports-of-the-iran-contra-committees-excerpts-from-the-minority-view.html?pagewanted=all&src=pm. Sobre Cheney, GELLMAN, B., *Angler*, Penguin Press, New York, 2008; una hagiografía en HAYES, S. F., *Cheney*, Harper Collins, New York, 2007. Sobre Addington, MAYER, J., 'The Hidden Power', *The New Yorker*, 3 de Julio de 2006, disponible en http://www.newyorker.com/archive/2006/07/03/060703fa_fact1, así como su "hearing" ante el Constitution, Civil Rights and Civil Liberties Committee de la Cámara de Representantes, de 27 de Junio de 2008, disponible en http://www.youtube.com/watch?v=sUHoi1gKfrM.

6 Sobre todo ello, me permito remitirme a mi artículo "La teoría constitucional y la teoría del Derecho de Bush II—La Constitución de emergencia entre el Derecho y la propaganda", *Derechos y Libertades*, nº 14, 2010, pp. 119-160. En lo que concierne al concepto de "think-tank", sigo el uso que hace FISK, R., por ejemplo en 'Bankers are the dictators of the West', *Independent*, 10 de Diciembre de 2011, disponible en http://www.independent.co.uk/opinion/commentators/fisk/robert-fisk-bankers-are-the-dictators-of-the-west-6275084.html.

comunicación política) pasamos a la reconstrucción sistemática de la práctica constitucional, las similitudes y las continuidades son mayores que las diferencias y las rupturas. Sobre la base del análisis que se contiene en las secciones segunda y tercera, no creo exagerado afirmar que la mutación constitucional puesta en marcha por Bush II ha sido consolidada en sus elementos centrales por la administración Obama. Más allá de las distintas estéticas del ejercicio del poder y de las distintas mercadotecnias políticas, la aparente "ruptura" (en particular, las órdenes ejecutivas de las primeras horas de la Presidencia en las que se programaba el cierre de Guantánamo y se repudiaba el uso de la tortura)[7] han sido contradichas por la práctica constitucional sucesiva de la nueva administración. Ciertamente se ha abandonado el uso de conceptos claves como "guerra contra el terrorismo" o "combatiente enemigo", y se han repudiado las formas más groseras de tortura. Pero no sólo no se ha mantenido la promesa de cerrar Guantánamo—al tiempo que ha negado que la doctrina del Supremo en *Rasul,*[8] y sobre todo, en *Boumediene,*[9] sea aplicable en Bagram—, sino que la administración Obama ha dado marcha atrás en su rechazo de las comisiones militares y de la detención indefinida por *fiat presidencial*, al tiempo que ha aplicado condiciones de detención

[7] El Presidente Obama inauguró su mandato con tres órdenes ejecutivas de gran significado simbólico, mediante las que no sólo se disponía la revisión del estatuto de los detenidos en Guantánamo y se fijaba un límite de un año para el cierre de la prisión ('Review and Disposition of Individuals Detained at Guantanamo Bay Naval Base and Closure of Detention Facilities', disponible en http://www.whitehouse.gov/the_press_office/ClosureOfGuantanamoDetentionFacilities/), sino que se establecía el marco de una nueva política general sobre detención de prisioneros ('Review of Detention Policy Options', disponible en http://www.whitehouse.gov/the_press_office/ReviewofDetentionPolicyOptions/) y sobre técnicas de interrogación ('Ensuring Lawful Interrogations', disponible en http://www.whitehouse.gov/the_press_office/EnsuringLawfulInterrogations/). Las tres órdenes ejecutivas son de 22 de Enero de 2009. Además, un memorando de 9 de Marzo dirigido a los jefes de departamentos y agencias del ejecutivo sobre las declaraciones presidenciales anejas a la firma de las leyes no sólo pone en entredicho la validez de las declaraciones de Bush II, sino que afirma la intención de limitar notablemente el uso de tal práctica en el futuro. Véase http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Memorandum-on-Presidential-Signing-Statements/ y el comentario de Charlie Savage, 'Obama looks to limit impact of tactic Bush used to sidestep new laws, The New York Times, 9 de Marzo de 2009, disponible en http://www.nytimes.com/2009/03/10/us/politics/10signing.html.

[8] *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), disponible en http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=000&invol=03-334.

[9] Boumediene v. Bush, 553 U.S. 723 (2008), disponible en http://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-1195.pdf.

que cumulativamente constituyen trato cruel, inhumano y degradante, sino tortura. De forma semejante, se ha hecho un uso muy *bushiano* del poder presidencial para quintuplicar las misiones de 'ataques de precisión' (i.e. asesinatos selectivos), cuyo fundamento constitucional se nos dice se encuentra en un nuevo dictamen secreto de la Oficina de Consejo Jurídico. Pero más allá de las continuidades (e innovaciones) puntuales, la persistencia del *brave new constitutionalism* da cuenta de la adhesión a la idea de que el "conflicto persistente" abierto por los atentados del 11-S (abandonada por razones más estéticas que sustantivas la referencia a la guerra contra el terrorismo) nos ha situado en un mundo nuevo, en el que hay que repensar *from square one* el derecho constitucional. Y al hacerlo, restringir drásticamente los derechos fundamentales, y muy especialmente, los derechos a la libertad e integridad personales. De este modo, y como afirmaré en las conclusiones del trabajo, la principal diferencia entre Bush II y Obama no radica en la forma ~~y manera~~ en que ambas administraciones formulan *el brave new constitutionalism*, sino en la manera en que hacen uso del poder político bajo el mismo, y *comunican* ese uso del poder que hacen. Con estridencia vaquera, en el caso de Bush II; con formas ~~urbana~~, en el de Obama. [10] No cabe duda de que esta diferencia puede ser relevante y decisiva para algunas de las víctimas. Y que por tanto no es baladí. Pero a menos que los diez años de *brave new constitutionalism* hayan logrado diluir nuestros estándares normativos, esta diferencia no excusa que tanto la administración Bush II como la Obama hayan defendido contornos y prerrogativas presidenciales antitéticas con la idea misma de Estado democrático de derecho.

II. EL "BRAVE NEW CONSTITUTIONALISM" Y LA "GUERRA CONTRA EL TERRORISMO"

> "La historia empezó a moverese en un país totalmente imaginario; un país en el que ya no tenían curso las ideas, en el que los principios eran cotidianamente escarnecidos, donde las ideas se reducían en política a puras denominaciones en el juego de las partes que el poder se asignaba, en el que sólo

[10] Como reconoce incluso quien valora positivamente los cambios producidos tras la llegada de Obama al poder. Véase SHANE, P. M., "The Obama Administration and the Prospects for a Democratic Presidency in a post 9-11 World", *New York Law School Review*, nº 56, 2011-2012, pp. 27-55.

contaba el poder por el poder mismo. Un país imaginario, repito" (*Leonardo Sciascia, El Contexto*).

Hasta fechas recientes un Estado de cuya constitución se derivara que el jefe de gobierno (o de Estado) tenía el poder de ordenar la detención y tortura de personas era considerado como un *Estado sin derecho*, al tiempo que esa constitución era caracterizada como una ley fundamental puramente semántica, una pseudo-constitución, en la útil y precisa terminología de Karl Lowenstein.[11]

Ciertamente, en todos los tiempos y lugares incluso las prohibiciones más absolutas –como la del recurso a la tortura—han sido infringidas, frecuentemente de forma flagrante. Y ciertamente no sólo en los países autoritarios, dictatoriales o que expresamente se definían por contraposición al ideal de Estado de Derecho, sino también en los estados occidentales democráticos.

En el caso concreto de los Estados Unidos, es ya bien sabido y aceptado que el respeto a la libertad e integridad personales durante la Guerra Fría fue no sólo pobre en lo que concierne a la conducción de la política exterior—especialmente en el *patio trasero*, i.e. América Latina—sino incluso en el ámbito doméstico.[12] Las sombras han seguido siendo alargadas en ambos frentes una vez concluida la guerra fría.[13]

---

[11] LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, pp. 218ss.

[12] Sobre la práctica y la retórica de los derechos humanos en la Guerra Fría la bibliografía es muy abundante. Véanse, por ejemplo, CARLETON, D., y STOHL, M., "The Foreign Policy of Human Rights: Rhetoric and Reality from Jimmy Carter to Ronald Reagan", *Human Rights Quarterly*, nº 7, 1985, pp. 205-229 (una referencia básica acerca de la relación entre retórica y acción política efectiva), HOFFMANN, S. (ed.), *Human Rights in the Twentieth Century*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011 y MOYN, S., *The Last Utopia*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2011. Sobre el fomento de organizaciones para-militares en Europa Occidental, véase el instructivo aunque a veces apresurado libro de GANSER, D., *NATO'S Secret Armies: Operation Gladio and Terrorism in Western Europe*, Cass, London, 2005. Visiones de conjunto en McCOY, A., *A Question of Torture: CIA Interrogation, from the Cold War to the War on Terror*, Holt, New York, 2005; HARBURY, J., *Truth, Torture, and the American Way: The History and Consequences of U.S. Involvement in Torture*, Beacon Press, Boston, 2005; REJALI, D., *Torture and Democracy*, Princeton University Press, Princeton, 2008.

[13] Sobre el período de la posguerra fría, véase MERTUS, J. A., *Bait and Switch*, Routledge, New York, 2008. Las continuidades operativas—tanto por lo que se refiere a las condiciones en las prisiones internas como en los métodos de la CIA—son notables.

Sin embargo, nada de ello no es óbice ni para que nuestros ordenamientos constitucionales hayan afirmado de forma crecientemente clara y contundente el valor fundamental de la libertad e integridad personales, ni para que de esa afirmación *normativa* no se haya derivado una (lenta, parcial e insuficiente) transformación de la práctica constitucional.

Como es bien sabido, la Quinta Enmienda a la Constitución de Estados Unidos prohíbe, entre otras cosas, privar de "la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal". En La sección novena del texto principal de la Constitución afirma que "El privilegio del habeas corpus no se suspenderá, salvo cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión". A su vez, en la Octava Enmienda se establece que "No se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán penas crueles y desusadas". Tanto los tratados internacionales ratificados por Estados Unidos entre ellos la Convención contra la Tortura de 1984) como las leyes aprobadas por el Congreso (La Ley contra la Tortura de 1994 y la Ley de Crímenes de Guerra de 1996)[14] se pronuncian de forma inequívoca, y excluyen de forma taxativa cualquier uso de la tortura o de tratos crueles, inhumanos y degradantes.[15]

Es por ello que podemos afirmar que circa 2000, las infracciones no se sólo debían producirse en los resquicios a los que no llegase la luz de la opinión pública—y por consiguiente el derecho—o producirse mediante medios que eludieran la atención de la opinión pública, sino que una vez descubiertas, entrañaban (o debían entrañar) consecuencias, penales y políticas.[16]

El *brave new constitutionalism* rompe con esa práctica constitucional porque pretende no sólo que la defensa efectiva de la constitución requiera en ocasiones infringir los valores constitucionales, sino que los estándares constitucionales se ajusten formalmente, bendigan simbólicamente esas infracciones. O dicho de otro modo, las autoridades no sólo *se van a quitar los* guantes, en la terrible expresión de Cofer Black[17] –quizá

---

[14] *Ley Anti-Tortura*, 108 Stat 382; *Ley de Crímenes de Guerra* de 1996, 110 Stat 2104.

[15] Véase, entre otros, NOWAK, M., y MacARTHUR, E., (eds.), *The United Nations Convention against Torture: A Commentary*Oxford University Press, Oxford, 2008.

[16] Pero véase GRENWALD, G., *With Liberty and Justice for Some, How the Law is Used to Destroy Equality and Protect the Powerful*, Metropolitan Books, New York, 2011, acerca de la forja de la cultura de la impunidad en Estados Unidos.

[17] Instructiva entrevista de Kevin MacMurray, 'Cofer Black, Out of the Shadows', Men's Journal, 17 de Octubre de 2008, disponible en http://www.mensjournal.com/cofer-black.

algunas autoridades nunca se los pusieron—sino que van a sostener que en ese quitarse los guantes *consiste* la defensa de los valores constitucionales. Que ese "quitarse los guantes" no supone poner entre paréntesis o dejar al margen la constitución, sino su mejor aplicación posible.[18] Con lo que no sólo infringirán la constitución, sino que eliminarán la posibilidad de criticar su acción dentro del discurso jurídico-constitucional.

Desde el 11 de Septiembre de 2001 es bien sabido que los juristas al servicio del gobierno de Estados Unidos han articulado un discurso constitucional (el *brave new constitutionalism* en la terminología que sugiero en este trabajo) según el cual entre las prerrogativas *constitucionales* del Presidente de Estados Unidos se encuentran las de ordenar la detención indefinida de personas, y la de sujetar a los así detenidos a técnicas de interrogación que constituyen a la luz del derecho internacional un trato cruel, humano y degradante, cuando no tortura. En esta sección se da cuenta al lector de los perfiles básicos de los *nuevos* derechos a la libertad y a la integridad personales. Se describe de forma sumaria del discurso jurídico-constitucional de las administraciones Bush II y Obama, sin perjuicio de que en la sección segunda esos argumentos se consideren con mayor detenimiento. Para evitar redundancias en el aparato crítico, las notas a pie de página en las que se da cuenta de las fuentes se incluyen en la sección II del trabajo.

1. El derecho a la libertad personal y el privilegio del habeas corpus

En lo que concierne al derecho a la libertad personal, el *brave new constitutionalism enmienda* el mismo en los términos siguientes:

El Presidente tiene el poder de establecer de forma fehaciente y concluyente que cualquier persona (incluidos los ciudadanos estadou-

---

[18] LEVI, W. R., en su sagaz "Interrogation's Law", *Yale Law Journal*, nº 118, 2009, pp. 1434-1483 a concluir que se ha exagerado la medida en que se habría producido un cambio en la práctica constitucional estadounidense tras el 11-S. Lo que se le escapa a Levi es la diferencia colosal (y no puramente simbólica) entre una práctica constitucional discrepante de los estándares constitucionales y la modificación de los estándares constitucionales para ajustarlos a la práctica. Levi no considera que el asalto constitucional de la administración Bush II y el tímido cambio de paso de la administración Obama han tenido brutales efectos sistemáticos y han provocado un deterioro de los estándares de tratamiento de los detenidos, no sólo por parte de las autoridades estadounidenses.

nidenses) sea un "enemigo" y en condición de tal, haya de ser arrestada y detenida indefinidamente sin derecho a la tutela judicial efectiva, por *fiat* presidencial (bien por decisión directa del Presidente—caso de las cárceles secretas, los *black sites*—o bien de conformidad con lo establecido por comisiones militares—como ha sido el caso en Guantánamo).

Dicho de otro modo, el Presidente puede decidir romper el vínculo que une la libertad e integridad personales a la tutela judicial efectiva (que establece una estrechísima relación entre el *due process of law* y el *judicial process*), negando el derecho a la petición de habeas corpus (*writ of habeas corpus*) a quienes, en su condición de "enemigos", pongan en peligro la "seguridad nacional". Y fiando la protección a un "due process of law" definido por el ejecutivo, y en ocasiones, interno al mismo. Cambios hechos posibles por los conceptos de nuevo cuño de "enemigo" (i.e. alguien ni culpable ni inocente, alguien potencialmente peligroso aunque no haya cargos sustentados en pruebas en su contra) y de "non-juducial due process".

Este cambio constitucional informó la práctica constitucional de Bush II desde el momento mismo de los atentados del 11-S, y fue "formalizado" semanas después. Esta nueva concepción de la libertad personal hizo posible arrestar indefinidamente y sin derecho a tutela judicial alguna a los detenidos en Guantánamo, y en general, en todas las prisiones utilizadas en la guerra contra el terrorismo, muy señaladamente los *black sites*, o prisiones secretas. Bajo la presión (moderada) de los tribunales—y muy especialmente de una mayoría de jueces en el Tribunal Supremo—, del Congreso "demócrata" tras las elecciones *mid-term* de 2006 y de varias instituciones extranjeras—incluido el Parlamento Europeo y la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, la administración Bush II limó algunas de las aristas más punzantes de esta política—afirmando por ejemplo haber cerrado todas las prisiones secretas—al tiempo que mantuvo los elementos fundamentales de la misma.

Las diferencias terminológicas entre las dos últimas administraciones estadounidenses ("combatientes enemigos" bajo Bush II y "beligerantes no privilegiados" bajo Obama) podrían llevarnos a concluir que los cambios se deben a diferencias sustantivas en la política de seguridad nacional y en la forma y manera de entender la relación que media entre ésta y la protección de los derechos fundamentales. Pese a que tal cosa parecería confirmarse a la vista de las primeras medidas tomadas por Obama al llegar a la Casa Blanca, la conclusión final que se impone es

bien distinta. Por una parte, no sólo Guantánamo no ha sido cerrado (171 presos en febrero de 2012)[19] sino que el informe de Enero de 2010 de la *task force* creada por el Presidente al llegar a la Casa Blanca resucitó el concepto bushiano de detenido ni culpable ni inocente pero peligroso, aunque descartase el término "combatiente enemigo". Unido a la fuerte presión política en contra del procesamiento de los prisioneros de Guantánamo ante tribunales ordinarios, este concepto ha acabado por alterar radicalmente el sentido de la decisión inicial de Obama. Por otra parte, la nueva administración, si bien ha formalmente aceptado *Boumediene*, ha argumentado que el fallo sólo atañe a los prisioneros de Guantánamo, excluyendo a los que se encuentran en otros centros fuera de Estados Unidos bajo control estadounidense, cual es el caso de Bagram. Finalmente, Obama ha firmado—pese a su declarada intención de vetarla—*el National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2012*, que introduce un grado aún mayor de indefinición en el concepto de *beligerante no privilegiado*.[20] Y consolida sino expande la expansión de las prerrogativas del Presidente en lo que concierne a la disposición sobre el derecho a la libertad personal de los "enemigos".

La única diferencia estructural entre una y otra administración concierne el fundamento de las prerrogativas gubernamentales. Si bien los juristas de Obama no han negado expresamente que el Presidente tenga autoridad constitucional *autónoma* para tomar tales decisiones—algo que característicamente defendían los juristas de corte de Bush II—, han reconocido la importancia de las distintas autorizaciones del Congreso estadounidense, y se han esforzado por presentar argumentos que hagan mínimamente plausible la compatibilidad de tales prerrogativas con el derecho internacional. Aunque también en este respecto hay signos de un *retorno* de la posición de Obama hacia la bushiana (la recién mencionada decisión de censurar mediante un *signing statement, el National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2012* en lugar de vetarlo supone un

[19] Carol Rosenberg, Defenders seek 9/11 trial delay, blame Guantánamo legal mail dispute, *Miami Herald*, 2 de Febrero de 2012, disponible en http://www.miamiherald.com/2012/02/02/2621667/defenders-seek-another-911-trial.html#storylink=cpy.

[20] El signing statement de Obama puede encontrarse en http://opiniojuris.org/2011/12/31/presidents-signing-statement-on-national-defense-authorization-act/. Sobre el cambio de posición de Obama, véase Charlie Savage, 'Obama Drops Veto Threat Over Military Authorization Bill After Revisions', *The New York Times*, 14 de Diciembre de 2011, disponible en http://www.nytimes.com/2011/12/15/us/politics/obama-wont-veto-military-authorization-bill.html.

retorno a una concepción expansiva del poder presidencial). Reforzada por el discurso del Fiscal General Holder en Marzo de 2012 en la Northwestern University.[21]

2. El Derecho a la integridad personal

En lo que concierne al tratamiento de los detenidos, y en particular, a las técnicas de interrogación, la nueva práctica constitucional puede formularse del siguiente modo:

"El Presidente es competente para decidir las técnicas con ayuda de las cuáles se procederá a interrogar a los 'enemigos', incluso si tales técnicas son consideras trato cruel, inhumano o degradante – o incluso tortura—por el derecho internacional o por las normas constitucionales ordinarias internas o extranjeras."

La administración Bush II, como veremos, propuso una reinterpretación del concepto de tortura que vació de contenido operativo al mismo, al tiempo que las conductas que en el "viejo y anticuado" derecho constitucional (y en el derecho internacional) merecían la calificación de tortura, o de trato cruel, inhumano y degradante, eran ahora caracterizadas como "técnicas mejoradas de interrogación" (*enhanced interrogation techniques*). Al tiempo que se acuñaban los conceptos de "técnicas de interrogación mejoradas" y de "trato humanitario" para designar conductas y consecuencias que en el "viejo" derecho constitucional son calificadas como tortura o cuando menos como trato cruel, inhumano y degradante. A resultas de ello, la tortura se convirtió en una herramienta más en el *kit* de la "guerra contra el terrorismo". Por una parte, tenemos constancia de que los servicios jurídicos del Ministerio de Justicia autorizaron el uso de la técnica del *submarino* ("waterboarding") en reiteradas ocasiones, y de que la conjunción de diversas privaciones en las condiciones de detención generalizaron el trato cruel, inhumano y degradante. Por otra, hay amplísima evidencia de que las autoridades estadounidenses trasladaron a numerosos prisioneros a países en los que la protección de los derechos humanos era y es pobrísima, entregándolos para su interrogatorio a las autoridades de esos países, tenidas por responsables de las violaciones

---

[21] Eric Holder, 'Attorney General Eric Holder Speaks at Northwestern University School of Law', 5 de Marzo de 2012, disponible en http://www.justice.gov/iso/opa/ag/speeches/2012/ag-speech-1203051.html.

de derechos humanos por el propio Departamento de Estado de Estados Unidos (la práctica de las *extraordinary renditions*, estructurada de modo y manera que fuera posible *deslocalizar* la tortura y el trato cruel, inhumano y degradante).

Aunque el grado de continuidad entre una y otra administración a este respecto es menor, por desgracia hay también una peligrosa afinidad. La Administración Obama pareció repudiar abiertamente el uso de la tortura.[22] Sin embargo, en términos operativos esa ruptura se ha reducido en buena medida al rechazo de las formas más flagrantes de tortura, y la misma no se ha extendido a la acumulación de condiciones de detención que constituyen por sí mismas un trato cruel, inhumano y degradante, sino tortura—como ha puesto de relieve de forma neta el caso Brian Manning. El uso y abuso del secreto y la opacidad por parte de la administración Obama han sido en muchas ocasiones similares a los característicos de las administraciones de Bush II. El hecho de que Panetta, en su antigua condición de director de la CIA, manifestara su intención de reducir el uso de la *extraordinary rendition* para desmentirse de inmediato arroja serias dudas acerca del fin de esta práctica, instrumento en la *deslocalización* de las violaciones del derecho a la integridad personal. Dudas que sólo se acrecientan ante las noticias de la existencia de una prisión paralela a la oficial (y por ende secreta) en la base de Bagram.

3. Disolviendo el doble misterio constitucional.

Si juzgamos al *brave new constitutionalism* de conformidad con los estándares del Estado democrático *clásico* no podemos sino concluir que la nueva comprensión teórica de los derechos a la libertad e integridad personales, y la práctica constitucional derivada de la misma (*inter alia,* la detención indefinida de presos en Guantánamo, las condiciones de detención en Bagram, el *waterboarding*, las condiciones de detención de Brian Manning, las extraordinary renditions, el recurso sistemático a los asesinatos selectivos mediante aviones no tripulados) menoscaban de forma grave el *contenido esencial* de tales derechos.

Si los derechos a la libertad e integridad personal quieren decir algo es que no puede decidirse el arresto indefinido de una persona por el mero

[22] 'Executive Order 13491 Ensuring Lawful Interrogations', de 22 de Enero de 2009, disponible en http://www.whitehouse.gov/the_press_office/EnsuringLawfulInterrogations.

hecho de tener la sospecha de que sea peligrosa, aunque ningún juez aceptarse condenarlas basándose en tales sospechas; que todo detenido tenga derecho a ser oído por un juez que controle la concurrencia de las circunstancias tasadas que justifican su detención, y que ese derecho no venga a menos porque el detenido esté bajo el control de las autoridades nacionales pero fuera del territorio nacional; y que bajo absolutamente ninguna circunstancia las personas pueden ser objeto de tratos inhumanos, crueles y degradantes, y aún menos sujetas a tortura.

Pero no sólo se trata de que el *brave new constitutionalism* pretenda hacer pasar por constitucional lo que es manifiestamente inconstitucional. Es que el *brave new constitutionalism* asume plenamente la persistencia de estándares dobles, y por tanto, se aleja del ideal regulador del Estado de Derecho y se acerca peligrosamente al modelo de Estado Dual.[23]

Por una parte, el *brave new constitutionalism* distingue claramente entre quienes tienen derecho a la protección constitucional *plena* (quienes tienen derecho a tener derechos) y quienes no lo tienen. Estos últimos se definen como el "enemigo", estatuto que corresponde a aquellos que son peligrosos aunque no pueda *aún* probarse que hayan cometido un delito. Por otra parte, el *brave new constitutionalism* implica una clara y neta distinción entre dos tipos de autoridades. La detención arbitraria y tortura de personas sigue siendo juzgada como signo de despotismo y arbitrariedad cuando quienes detienen y maltratan son estados *a los que se niega la condición de constitucionales* (por ejemplo, Siria). Pero esas mismas prácticas pasan a ser juzgadas como *inmaculadamente constitucionales* cuando se practican *en nombre* de la "seguridad nacional" en el contexto de la "guerra contra el terrorismo por un estado constitucional. Así, un mismo trato en un mismo lugar (Siria) merece una calificación distinta en función de que el detenido y maltratado haya sido entregado extrajudicialmente a las autoridades sirias por Estados Unidos (en uno de los *rendition flights*)[24] o haya sido detenido directamente por las au-

[23] FRAENKEL, E., *The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship*, Oxford University Press, Oxford, 1941.

[24] El ciudadano alemán Mohammed Haydar Zammar, nacido en Siria, fue detenido en Marruecos a finales de Noviembre de 2001 y entregado a Siria a principios de Diciembre de 2001, donde podría haber sido torturado. Véase Craig Whitlock, 'In Another CIA Abduction, Germany Has an Uneasy Role', Washington Post, 4 de Febrero de 2007, http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2007/02/04/AR2007020401112.html. En passant, Alemania ha sido recientemente apercibida por el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas por la insuficiente investigación de los casos de *rendition* en los que

toridades sirias.[25] En el primer caso, el trato que reciba el prisionero se justifica en nombre de la seguridad nacional. En el segundo caso, justifica la condena internacional.[26]

Y he ahí el corazón de los misterios constitucionales de los que se ocupa este artículo. Dado que las contradicciones en que el *brave new constitutionalism* incurre son tales y tamañas, ¿Por qué no ha sido suficiente que brillantes juristas hayan escrito largos artículos poniendo de relieve sus contradicciones para que los argumentos de los juristas de Bush II y de Obama se hayan derrumbado como castillos de naipes? ¿Cómo es posible, añado ahora, que algunos de los más feroces críticos de la administración Bush II se hayan convertido en juristas de Obama y hayan sido ellos mismos artífices del refluir del discurso de la administración hacia posturas difícilmente distinguibles de las de Bush II?

Como ya adelanté, a mi juicio los misterios son esencialmente fruto de la (errónea) caracterización y análisis del *brave new constitutionalism* como discurso jurídico-constitucional. Procedamos, de acuerdo con el plan inicial, a dar otro enfoque al problema, verbigracia, al análisis y disección del *brave new constitutionalism* en tanto que discurso de comunicación política orientado a manipular e instrumentalizar la forma de la argumentación jurídico-constitucional al servicio del poder. El *brave new constitutionalism* ha movilizado de forma altamente efectiva el valor simbólico del derecho al servicio de la agenda política de las dos administraciones, agenda política que en el primer caso incluía la subversión material del Estado democrático de derecho, y en el segundo *no* incluye la puesta en cuestión *de forma explícita* de ese asalto al Estado de Derecho.

---

intervinieron las autoridades alemanas. Véase http://www.statewatch.org/news/2011/nov/committee-against%20torture-germany.pdf. Sobre el papel de Stenmeier, especialmente en el caso Kurnaz, véase FAVA, C., *Quei Bravi Ragazzi*, Sperling and Kupfer, Milano, 2007.Aún más conocido es el caso de Mahrer Arar, ciudadano canadiense de origen sirio, detenido en Septiembre de 2002 durante una escala en el aeropuerto Kennedy de Nueva York, y transferido a Siria en Octubre. El informe oficial canadiense sobre su detención y sobre las torturas sufridas en Siria puede consultarse en http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/maher_arar/07-09-13/www.ararcommission.ca/fr/26.htm.

[25] Véanse los informes del Departamento de Estado de Estados Unidos sobre el respeto de los derechos humanos en Siria. El de 2002 (año de la *rendition* de Arar) en http://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/2002/18289.htm

[26] Por ejemplo, 'Syria: Hillary Clinton calls Russia and China "despicable" for opposing UN resolution', The Daily Telegraph, 25 de Febrero de 2012, disponible en http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/middleeast/syria/9105470/Syria-Hillary-Clinton-calls-Russia-and-China-despicable-for-opposing-UN-resolution.html.

Esa movilización no depende tanto de la corrección y coherencia de los argumentos jurídico-constitucionales cuanto de la plausibilidad que a las aseveraciones de los gobernantes confiere el uso de la forma jurídica, de los argumentos pretendidamente jurídicos articulados por quienes son socialmente reputados "técnicos del derecho" y guardianes de nuestra libertad y seguridad. Percepción que, como ha argüido Bruce Ackerman, se han apropiado cada vez más los juristas del ejecutivo, en detrimento de los jueces del Supremo y los académicos.[27]

II. DISECCIÓN DEL DISCURSO JURÍDICO DEL "BRAVE NEW CONSTITUTIONALISM"

> "—¿Le torturó? El capitán Segura rompió a reír. —No. No pertenece a la clase torturable" (*Graham Greene, Nuestro Hombre en la Habana*)

En esta sección me ocupo de la cuestión central en este trabajo, o lo que es lo mismo, del modo y manera en que los juristas de Bush II y de Obama han instrumentalizado el discurso jurídico-constitucional estadounidense, o lo que es lo mismo, de cómo han explotado la forma del derecho al servicio de principios que no cabe reconciliar con el código normativo intrínseco al derecho (a la ley como forma de la razón en las bellas palabras de Sciascia que preceden a la introducción a este trabajo).[28]

La dificultad mayor del *brave new constitutionalism* es sin duda la justificación de su propia necesidad. Ciertamente los aviones constituyen un logro tecnológico fundamental en la historia de la humanidad, pero hace décadas que existen. Algo extensible, aunque con mayor fuerza, a los cuchillos y objetos punzantes. Y sin embargo, los atentados del 11-S se perpetraron con esos medios. Podrían por tanto haber tenido lugar en 2001, o en 1961, o incluso en ~~195~~ ¿Por qué los atentados del 11-S son

[27] ACKERMAN, B., *The Fall and Decline of the American Republic*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2010.

[28] Palabras que a mi juicio elegantizan intuiciones centrales del pensamiento de buena parte de Kelsen, Hart y Fuller, por citar tan sólo a tres grandes teóricos del derecho. Véase VINX, L., *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

distintos al primer atentado fallido a las Torres Gemelas o al atentado de Oklahoma? ¿Qué diferencia a la nebulosa Al Qaeda de otras organizaciones terroristas *en red* ya conocidas hace treinta años?[29]

La afirmación del carácter epocal de los atentados del 11-S encontró terreno abonado en el *estado de shock* en el que quedó sumida la población estadounidense (y muy especialmente, sus élites gobernantes e intelectuales). La plausibilidad inicial de un cambio radical en la concepción del derecho a la libertad e integridad personales derivan del shock que los atentados ~~supuso~~ para los estadounidenses. Hay que remontarse a 1814 para encontrar un ataque en el territorio continental de Estados Unidos comparable con los atentados del 11-S (la ocupación y quema de Washington por tropas ingleses, un hecho que en cierta medida es un post-mortem del conflicto que había dado lugar a la Independencia de Estados Unidos años antes).[30] Aunque el primer atentado (esencialmente frustrado) a las Torres Gemelas o el atentado de Oklahoma pudieron haber tenidos consecuencias parecidas a los de los atentados del 11-S, los mismos no quebraron la sensación de invulnerabilidad de la población estadounidense. En buena medida, la perversa *mise en scene* de los atentados del 11-S generó una narración mediática que hizo trizas la creencia de que un atentado así *no podía suceder en Estados Unidos*. La sensación de vulnerabilidad fue alimentada por el vacío de poder en las horas inmediatamente posteriores a la retransmisión de los atentados. La combinación de una sensación (falsa) de invulnerabilidad y esta narrativa mediática dio paso a un estado de shock profundísimo (y en buena medida irrepetible).[31]

Es precisamente porque la única "radical novedad" es puramente cognitiva que el *brave new constitutionalism* desempeña un papel fundamen-

[29] Es quizá conveniente recordar que el discurso del "nuevo terrorismo", lejos de ser nuevo, es ya bastante antiguo (es en realidad un mantra que viene utilizándose desde el final de la guerra de Vietnam en la discusión pública estadounidense). Una brillante "deconstrucción" del discurso mediático de la "novedad" en SPENCER, A., *The Tabloid Terrorist. The Predicative Construction of the New Terrorism in the Media*, Palgrave, Houndmills, 2010. Véase también HERMAN, E. S., *The Real Terror Network*, South End Press, Boston, 1982.

[30] Véase HICKEY, D., *The War of 1812: A Forgotten Conflict*, University of Illinois Press, Urbana, 1989.

[31] Aunque los europeos también fuimos destinatarios de una narrativa muy parecida, porque los medios de comunicación, especialmente los audiovisuales emularon el relato estadounidense, no tuvimos una sensación tan aguda de pérdida de la vulnerabilidad, porque la única novedad de los atentados del 11-S era su espectacularidad.

tal. Los atentados rompen con el (falso) sentimiento de invulnerabilidad de una buena parte de la población estadounidense, sentimiento que había persistido *pese* a precedentes como los frustrados atentados contra las Torres Gemelas o el brutal atentado de Oklahoma, por no hablar de las guerras y atentados que en el mundo han sido en las últimas siete décadas. Pero esa percepción, fruto de un estado de shock, está destinada a ser temporal. El *brave new constitutionalism* desempeña un papel fundamental en la *fijación* de esa sensación epocal. Una vez que el estado de *shock* recede, no es ya sólo el recuerdo de los atentados (aunque la repetición de las imágenes de los aviones impactando en las torres desempeña un papel fundamental), como la panoplia de conceptos que forman parte del léxico del *brave new constitutionalism* la que perpetúa la creencia en el carácter epocal de los atentados del 11-S. No sólo justifica el uso y abuso de la retórica de la guerra, que como todo *spin doctor* sabe reduce drásticamente el campo de la crítica a las acciones gubernamentales,[32] sino que permite desligar esa retórica de las obligaciones jurídicas anejas a la misma en el imaginario colectivo estadounidense (obligaciones éstas que son las que hacen de Estados Unidos una *city upon the hill* en ese mismo imaginario colectivo).

Tres son los movimientos de la retórica formalmente jurídico-constitucional del *brave new constitutionalism* que son fundamentales.

Primero, se afirma que el terrorismo que se manifiesta en los atentados del 11-S es radicalmente *nuevo*, porque lo es su base institucional (la red terrorista, no la banda terrorista), porque lo es su objetivo (la aniquilación de las sociedades libres y no su transformación) y/o porque lo son las consecuencias potenciales de los mismos (la destrucción de grandes ciudades enteras como medio de acelerar el derrumbe social, no el asesinato de este o aquel dirigente político, militar o policial). Es por ello que los atentados han de ser vistos como un parteaguas epocal, como la comadrona del mundo nuevo, *post* 11-S.

Segundo, la adecuada descripción y comprensión del *nuevo* mundo post-11-S requiere un *lenguaje* nuevo, *conceptos* radicalmente nuevos, incluidos, claro está, *conceptos jurídicos*. De la presunta radical *novedad*

[32] Véanse BERINSKY, A. J., *In time of War, Understanding American Public Opinion from World War II to Iraq*, Chicago University Press, Chicago, 2009 y el reciente trabajo de DUDZIAK, M. L., *War Time: An idea, its history, its consequences*, Oxford University Press, New York, 2012.

del mundo empírico se deriva la necesidad de adecuar nuestras herramientas analíticas y conceptuales—incluidas las jurídicas.

Tercero, los nuevos conceptos—especialmente los jurídicos— alteran la percepción de la realidad social post-11-S. En la medida en la que la caterva de nuevos conceptos jurídicos constituye el conjunto de herramientas y lentes analíticas con las que los ciudadanos pasan a ver el mundo, el argumento circular se cierra, ya que son los propios conceptos los que "prueban" la *novedad radical* del mundo post 11-S.[33] *Quod Munchausen fecit.* Al tiempo que se forjan nuevos conceptos sustentándose en la premisa del carácter radicalmente nuevo de los atentados del 11-S y del mundo post-11-S, son los conceptos fundamentales del *brave new constitutionalism* los que sustentan la construcción social de los atentados del 11-S como un acontecimiento epocal. O dicho de otro modo, el primer movimiento del discurso del *brave new constitutionalism* hace uso del discurso de la novedad con el objeto de manipular la percepción del mundo. La conclusión se convierte en premisa de la premisa.

1. El carácter radicalmente nuevo del mundo post-11-S: "la guerra contra el terrorismo" de Bush II y el "conflicto persistente" de Obama

Premisa fundamental en el discurso jurídico que desarrolla la administración Bush II tras los atentados del 11-S es que el terrorismo que se manifiesta en ellos es radicalmente *nuevo*, en tanto que lo son sus objetivos (la aniquilación en masa, resultado del carácter fundamentalista y mesiánico de su ideología), los medios de los que se valen (la nueva tecnología de destrucción, incluidas las crecientemente miniaturizadas armas de destrucción masiva, y el *lawfare*) y la forma de organización (la red o *network*). Ello implica que el nuevo terrorismo no sólo aspira a constituirse en una amenaza existencial para las sociedades modernas,

[33] O dicho de otro modo, los nuevos términos no sólo presentan un claro carácter sesgado, en la medida en la que contribuyen a predeterminar las "nuevas" normas jurídicas aplicables a ese mundo "nuevo", sino que –y ante todo—son ellas mismas las que alteran la percepción del mundo. La "radical novedad" no es pues el antecedente que justifica la creación de un "nuevo vocabulario". Es el "nuevo vocabulario" el que altera nuestra percepción de la realidad. De este modo, el "nuevo vocabulario" jurídico, lejos de representar una herramienta analítica, constituye una herramienta de manipulación.

sino que dispone de medios y de una forma de organización adecuados a tales objetivos.

Primero, el nuevo terrorismo se fija como objetivo la destrucción de la civilización occidental, de la libertad de los modernos de que gozan los países occidentales. Ello refleja la inspiración religiosa, fundamentalista de los terroristas, que se creen inmersos en una cruzada contra occidente. Es por ello que, a diferencia del terrorismo clásico, el terrorismo no se presenta como una fuerza de progreso, sino como una fuerza profundamente reaccionaria, que aspira a constituirse en una amenaza existencial para las sociedades democráticas modernas.[34]

Segundo, las tácticas de las que se valen los *nuevos terroristas* incluyen tanto las armas de destrucción masiva (y cabe recordar aquí la infinidad de relatos periodísticos acerca del potencial uso de "mini-bombas" nucleares o la histeria colectiva desatada por el episodio del ántrax, caído en el olvido agotada su utilidad como herramienta mediática bajo la administración Bush II)[35] como el "lawfare", que vendría a

---

[34] Discurso de Bush II ante las dos cámaras del Congreso de 20 de Septiembre de 2001, disponible en http://articles.cnn.com/2001-09-20/us/gen.bush.transcript_1_joint-session-national-anthem-citizens?_s=PM:US. Caracterización que contrasta con los estudios académicos sobre el particular. Véase ATTRAN, S., *Talking to the Enemy: Violent Extremism, Sacred Values, and What it Means to Be Human*, Penguin, Harmondsworth, 2010.

[35] La formulación lapidaria de esta idea ("we do not want the smoking gun to be a mushroom cloud") se convirtió en uno de los fundamentales y más efectistas talking points en los meses previos a la guerra de Irak: Condoleezza Rice: "We don't want the smoking gun to be a mushroom cloud2, 8 de Septiembre 2002, en una entrevista a CNN, disponible en http://transcripts.cnn.com/TRANSCRIPTS/0209/08/le.00.html; Bush II, "Facing clear evidence of peril, we cannot wait for the final proof—the smoking gun—that could come in the form of a mushroom cloud", 7 de Octubre de 2002, en el Centro Museístico de Cincinnati, disponible en http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB80/new/doc%2012/President%20Bush%20Outlines%20Iraqi%20Threat.htm; Cheney, 16 de Marzo de 2003, "We know he has been absolutely devoted to trying to acquire nuclear weapons, and we believe he has, in fact, reconstituted nuclear weapons", transcripción disponible en http://www.msnbc.msn.com/id/3080244/. Sobre la realidad de las mini-bombas nucleares (suitcase nukes) véase Katherine Shrader, 'Suitcase nukes closer to fiction than reality', Associated Press, 10 Nov 2007, disponible en http://www.usatoday.com/tech/science/2007-11-10-suitcasenukes_N.htm. Y la página web del National Terror Alert Response Center dedicada al tema, http://www.nationalterroralert.com/suitcasenuke/. Sobre el anthrax, véase SARASIN, P., *Anthrax, Bioterror as Fact and Fantasy*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2006.

ser el uso torticero de las normas internacionales y de las disposiciones constitucionales para "debilitar" a Estados Unidos.[36]

Tercero, los atentados son responsabilidad de una banda terrorista *en red*, de un *network* terrorista, no de una organización terrorista jerárquicamente organizada.[37] Los miembros de Al Qaeda no son ni soldados ni terroristas, sino"combatientes enemigos" (con Obama serán recaracterizados, como veremos, "beligerantes no privilegiados").[38]

De este modo, el *nuevo terrorismo* combina una organización si acaso similar a la de las guerrillas, el *modus operandi* de una sofisticada y post-moderna banda terrorista, y el potencial lesivo de una acción militar en una guerra total. Es por ello que los atentados el 11-S no son ni un atentado terrorista *al uso*, ni un acto de guerra *convencional*. Son algo no sólo híbrido, sino fundamentalmente nuevo. Las"nuevas "acciones terroristas *suponen una amenaza existencial* para la comunidad política. Son un acto de guerra, pero no al uso o convencional, sino los primeros combates de la "guerra contra el terrorismo".

---

[36] Charles J Dunlad Jr, entonces Vice-Abogado General, en 'Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts', conferencia impartida en la Kennedy School of Government el 29 de Noviembre de 2001, y disponible en http://www.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf. Donald Rumsfeld y Jack Goldsmith ampliaron el campo de aplicación del término, al considerar que la defensa de la jurisdicción universal por parte de "los aliados europeos y sudamericanos y la industria (sic) de los derechos humanos" era un ejemplo de guerra mediante el derecho. Véase GOLDSMITH, J., *The Terror Presidency*, Norton, New York, 2007, pp. 59ss.

[37] Dicurso de Bush de 20 de Septiembre de 2001, supra, fn 27; Sobre las verdaderas implicaciones de la condición de red terrorista de Al Qaeda, véase SAGEMAN, M., *Understanding Terrorist Networks, Leaderless Jihad,* University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2008. Un agudo y esclarecedor análisis periodístico en BURKE, J., *Al-Qaeda: Casting a Shadow of Terror*, Penguin, Harmondsworth, 2004.

[38] Expresión imprecisa, aplicada de forma muy aproximativa por el Tribunal Supremo estadounidense en un caso complejo y escasamente memorable, Quirin, el término fue rescatado por los juristas de la corte de Bush II para designar a una categoría que presuntamente no habría sido contemplada en el derecho positivo, y de paso, confeccionarle su propio y peculiar estatuto jurídico. El término aparece en la Orden Ejecutiva de 13 de Noviembre de 2011, en la que, llevado por el número creciente de prisioneros en la guerra de Afganistán, Bush II aprueba la orden militar por la que se sustrae a la jurisdicción ordinaria a cualquier enemigo combatiente, a cualquier miembro de Al Qaeda, con independencia del lugar en que efectivamente haya sido detenido (como se deriva de su Artículo II)http://www.fas.org/irp/offdocs/eo/mo-111301.htm

La administración Obama ha abandonado el uso del término "guerra contra el terrorismo", pero no sólo ha mantenido el marco de interpretación del 11-S como acontecimiento epocal, que nos arrastra a un mundo radicalmente nuevo, sino que ha articulado un nuevo discurso *funcionalmente equivalente* al de Bush II, bajo términos como "el conflicto persistente" o "guerra contra Al Qaeda".

En su discurso inaugural, Obama omitió la frase "guerra contra el terrorismo" y sólo empleó en una ocasión el término "terror" –y con implicaciones aparentemente distintas a las características de los discursos de su predecesor.[39] De forma semejante, la Nueva *Estrategia de Seguridad Nacional* de Mayo de 2010 pareció reducir la relevancia estratégica de la lucha contra el terrorismo–que pasó a ser considerada una de las *varias* amenazas a la seguridad nacional estadounidense[40]. Y la nueva estrategia del Departamento de Defensa hecha pública en 2012 dejó de lado el concepto de "la guerra larga", o lo que es lo mismo, el carácter indefinido e indeterminado en el tiempo de la guerra contra el terrorismo.[41] A ello debe unirse la proclamación del final de la guerra de Irak –en Diciembre de 2011[42]– y el anuncio del final próximo de la guerra

---

[39] 'Time has come to affirm our enduring spirit', disponible en http://www.msnbc.msn.com/id/28751183/ns/politics-inauguration/t/time-has-come-reaffirm-our-enduring-spirit/: "We will not apologize for our way of life, nor will we waver in its defense, and for those who seek to advance their aims by inducing terror and slaughtering innocents, we say to you now that our spirit is stronger and cannot be broken; you cannot outlast us, and we will defeat you"

[40] Véase especialmente p.8: "Yet these wars–and our global efforts to successfully counter violent extremism–are only one element of our strategic environment and cannot define America's engagement with the world. Terrorism is one of many threats that are more consequential in a global age. The gravest danger to the American people and global security continues to come from weapons of mass destruction, particularly nuclear weapons". El texto completo en http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/national_security_strategy.pdf.

[41] El informe puede consultarse en http://www.defense.gov/news/Defense_Strategic_Guidance.pdf. Sobre la implicación del mismo en relación con la guerra contra el terrorismo, véase Tom Hayden, 'Obama orders end to "long war" doctrine, *The Nation*, 13 de Enero de 2012, disponible en http://www.thenation.com/article/165651/obama-orders-end-long-war-doctrine.

[42] Helene Cooper, 'Obama Praises Troops as He Ends the War He Opposed', *The New York Times*, 14 de Diciembre de 2011, disponible en http://www.nytimes.com/2011/12/15/us/at-fort-bragg-obama-showers-praise-on-troops-back-from-iraq.html; Thoms Shanker, Michael S. Schmidt y Robert Worth, 'In Baghdad, Panetta Leads Uneasy Moment of Closure', *The New York Times*, 15 de Diciembre de 2011, disponible en http://www.nytimes.

de Afganistán.[43] En el primer caso, asumiendo una disminución drástica de la presencia de tropas estadounidenses en el país, aunque se mantendrá un contingente abultadísimo de militares y contratistas ~~privadas~~ en la colosal embajada en Baghdad.[44]

Pese a ello, la nueva administración no ha roto ni con la caracterización de los atentados del 11-S como acontecimiento epocal, ni con la idea misma de que los Estados Unidos estén luchando un nuevo tipo de conflicto, persistente en el tiempo, que no cabe caracterizar ni como guerra ni como mera ofensiva terrorista. En particular, en lo que concierne a esto último, lo que la administración Obama ha sido definir en que consista ese conflicto persistente, que ahora es esencialmente la "guerra contra Al Qaeda".[45] Guerra que cada vez más se ha ido definiendo de modo más semejante a la "guerra contra el terrorismo" bushiana.

Ese cambio retórico ya estaba presente en el determinante discurso que diera Obama en los Archivos Nacionales en Mayo de 2009[46] y se ha hecho aún más nítido una vez que la Administración Obama ha puesto fin, o está en vías de poner fin, como queda indicado, a los dos grandes conflictos de Bush II, fin que se combina con el refluir de las instituciones y las prerrogativas con las que los juristas de Bush

com/2011/12/16/world/middleeast/panetta-in-baghdad-for-iraq-military-handover-ceremony.html?pagewanted=all; Editorial, 'A Formal End', *The New York Times*, 15 de Diciembre de 2011, http://www.nytimes.com/2011/12/16/opinion/a-formal-end-to-the-iraq-war.html.

43 Mark Landler and Helen Cooper, 'Obama Will Speed Pullout From War in Afghanistan', *The New York Times*, 22 de Junio de 2011, disponible en http://www.nytimes.com/2011/06/23/world/asia/23prexy.html?hp=&pagewanted=print.

44 Ewen MacAskill, 'Iraq rejects US request to maintain bases after troop withdrawal', *The Guardian*, 21 de Octubre de 2011, http://www.guardian.co.uk/world/2011/oct/21/iraq-rejects-us-plea-bases.

45 La idea de "conflicto persistente" la acuñó en 2008 el actual Jefe del Estado Mayor. Ya en el Posture Statement del Ejército de Estados Unidos de 2008 (disponible en http://www.army.mil/aps/08/APS2008.pdf) podía leerse: "We are on the leading edge of a period when an increasing number of actors (state, non-state, and individual) in a less constrained international arena, are more willing to use violence to pursue their ends [...S]even enduring trends exacerbate these sources of conflict: Globalization conjoined with Technological innovations; Demographic changes coupled with increasing Urbanization;rising Resource demands; Climate change and natural disasters; Proliferation of weapons of mass destruction; and the consequences of Failed or failing states."

46 http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Remarks-by-the-President-On-National-Security-5-21-09

II sostuvieron que el Presidente debía luchar esas guerras.[47] Una vez terminada formalmente la guerra de Irak, y en vías de conclusión la de Afganistán, la renovación de la autorización del uso de la fuerza en Diciembre de 2011[48] *implica* la renovación del discurso de la "guerra contra el terrorismo", sólo que *bajo otro nombre, con otra denominación*. Y consagrada en el ya mencionado discurso del Fiscal General Holder en Marzo de 2012.[49]

---

[47] Mary Dudziak, 'This War Is Not Over Yet', *The New York Times*, 15 de Febrero de 2012, disponible en http://www.nytimes.com/2012/02/16/opinion/this-war-is-not-over-yet.html?_r=1.: "(...) the contradiction of ending two wars while invoking a nebulous and never-ending third one to justify the continued detention of prisoners. Administration lawyers have an answer for this: the original post-9/11 Authorization for Use of Military Force gave the president authority to act against Al Qaeda and its supporters. Mr. Obama brought his definition of war into line with this more expansive view in January 2010 by declaring that the United States is "at war against Al Qaeda." This broadened the scope of Mr. Obama's rhetoric on war by divorcing it from geography. And it provided a way of bringing into the ambit of American war terrorists outside of Iraq and Afghanistan, such as Anwar al-Awlaki, the American-born cleric tied to Al Qaeda in the Arabian Peninsula who was killed by an American drone strike in Yemen last September. Like the Bush administration's version of the war on terror, this war with Al Qaeda allows us to follow our enemies wherever they may go. It also enables us to continue framing terrorists as warriors, subject to detention without charges as long as threats related to Al Qaeda exist."

[48] Ibidem: "Mr. Obama is trying to have it both ways. Ending major conflicts in two countries helps him deliver on campaign promises. But his expansive definition of war leaves in place the executive power to detain without charges, and to exercise war powers in any region where Al Qaeda has a presence". Aunque la Casa Blanca (y el Pentágono) sostenían que no era necesario reafirmar los poderes presidenciales, ya que la Autorización del Uso de la Fuerza de 2001 ya era suficiente, el National Defense Authorization Act of 2012 reafirma tales poderes y hace pues permanente la "guerra contra Al Qaeda". Sobre las reticencias del Pentágono, véase Spenser Ackerman, Pentagon Isn't Hot for New Law to Bless Al-Qaida War, *Wired*, 17 de Marzo de 2011, disponible en http://www.wired.com/dangerroom/2011/03/pentagon-isnt-hot-for-a-new-law-blessing-al-qaeda-war/#more-42680. Sobre las consecuencias del Act sobre los poderes del Presidente, véase Rania Khalek, 'Global Battlefield' Provision Allowing Indefinite Detention of Citizens Accused of Terror Could Pass This Week, *Alternet*, 13 de Diciembre de 2011, disponible en http://www.alternet.org/rights/153421/%27global_battlefield%27_provision_allowing_indefinite_detention_of_citizens_accused_of_terror_could_pass_this_week.

[49] Holder, supra, nota 21.

2. Un nuevo lenguaje jurídico para un mundo nuevo

La primera (y probablemente fundamental) instrumentalización del discurso jurídico-constitucional guarda una estrecha relación con el papel clave que desempeña el derecho en la estabilización y homogeneización de los conceptos fundamentales con los que literalmente *construimos* nuestras relaciones sociales.[50]

El "brave new constitutionalism" es ante todo un nuevo *lenguaje*, *el* nuevo lenguaje con el que–se nos dice–hay que entender el derecho en el mundo post 11-S. La introducción de este nuevo lenguaje se justifica en la inicialmente plausible novedad radical del 11-S. Pero en realidad acaban siendo los conceptos los que fijen y estabilicen la construcción social de los atentados del 11-S como parteaguas en la historia política y constitucional. Al tiempo que, como veremos con mayor detalle en la sección tercera, los conceptos contengan en sí mismo el germen del nuevo derecho constitucional, de un derecho constitucional cuyos principios básicos se recalibran y reponderan a la luz de las nuevas circunstancias.

Esta sección pone de relieve pues la medida en la que los juristas de Bush II y de Obama se han valido de la *función conceptualizadora* del derecho, de su papel fundamental en la fijación de los conceptos con los que estructuramos y organizamos nuestras relaciones sociales y con los que creamos y vemos el mundo social, para manipular la percepción de los atentados del 11-S y justificar el contenido sustantivo del *brave new constitutionalism.*

De entre las múltiples novedades conceptuales, cuatro son a mi juicio las fundamentales: (1) el concepto de "enemigo" (combatiente enemigo o beligerante no privilegiado) y el asociado de "non-judicial due process", en tanto que determina el ámbito personal de la redefinición del derecho

[50] El discurso jurídico *importa* buena parte de sus conceptos básicos. Los conceptos de responsabilidad solidaria, de base imponible, de *buen padre de familia* o de accidente, por tan solo mencionar algunos, no son el resultado de la inventiva jurídica, sino términos tomados de varias disciplinas y saberes, o del tráfago de la vida social. En relación con tales conceptos, el derecho cumple una función homogeneizadora y fijadora. Las funciones típicas del derecho en las sociedades modernas (la resolución de conflictos, la coordinación de acciones, la fijación de estructuras institucionales y estándares normativos a partir de los cuales los individuos pueden crear y organizar autónomamente sus redes de relaciones sociales) dependen estrechamente de esta función de estabilización y homogeneización conceptual del derecho.

a la libertad e integridad personales bajo el *brave new constitutionalism*; (2) el concepto de "técnicas de interrogación mejoradas" y el asociado de trato humanitario, en la medida en que es determinante en el vaciamiento sustantivo de la prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes; (3) el concepto de guerra de amplio espectro, esencial en la normalización del ejercicio unilateral y extraterritorial de la fuerza con independencia de las normas del derecho internacional; (4) el concepto de "ataque de precisión", que termina de socavar el derecho a la integridad personal, afectando de forma inmediata y directa al derecho a la vida.

2.1. Enemigos: De combatientes enemigos a beligerantes no privilegiados

Semanas después de los atentados del 11-S, la administración de Bush II concluye que no sólo la "guerra contra el terrorismo" activa las prerrogativas del Presidente como "comandante en jefe", sino que el carácter *novedoso* de la guerra contra el terrorismo implica la caracterización del enemigo de modo también *novedoso*. De este modo, los "enemigos" no son ni soldados ni simples terroristas. Los juristas de Bush II recuperan el término "combatiente enemigo", acuñado por el Tribunal Supremo en la sentencia Quirin (hasta entonces mayoritariamente vista como esencialmente errónea, fruto de la debilidad institucional del Supremo en plena guerra mundial, de su tolerancia indebida con los excesos de un gobierno en guerra).

Este nuevo concepto, esta nueva categoría de enemigo, viene acompañada (en el segundo paso del movimiento retórico) de un peculiar régimen jurídico. Los juristas de corte de Bush II concluyeron que los "combatientes enemigos" se sitúan ellos mismos fuera del ámbito de protección constitucional. Quienes pretenden destruir o aniquilar la comunidad política no han de tener derechos. A la nueva calibración de los derechos constitucionales se unía la conclusión de que los Convenios de Ginebra sólo serían aplicables en conflictos de los que fuesen parte "naciones civilizadas", a las que no pertenecerían ni los combatientes de Al Qaeda ni los talibanes (estos últimos en atención a que el Afganistán que controlaban había de ser definido como un "estado fallido", otro de los neologismos jurídicos de la "guerra contra el terrorismo").

De este modo, la creación de una nueva categoría conceptual ("combatientes enemigos") va seguida de la negación de cualquier derecho a la

tutela judicial efectiva a quienes reúnan tal condición, al no poder reclamar derechos ni constitucionales ni reconocidos por las Convenciones de Ginebra.

Ese "agujero de derechos" en el que la introducción del término "combatiente enemigo" hizo caer a los detenidos en la "guerra contra el terrorismo" explica porque fueron objeto en muchos casos de traslado a otras jurisdicciones para que fueran objeto de interrogatorio y/o detención en ellas (la práctica de la *extraordinary rendition*, habitualmente seguida de tortura, nexo que ilustra por sí mismo la estrecha relación que media entre el derecho a la libertad y a la integridad personales).

Las prerrogativas presidenciales se afirmaba eran inherentes al ejercicio de la Presidencia, y por ende no podían ser limitadas o condicionadas por ninguna otra institución o cuestionadas en proceso judicial alguno.

La administración Obama ha pretendido sostener retóricamente una ruptura clara y neta con la administración Bush II. No sólo ha abandonado el concepto de "combatiente enemigo", sino que, al menos en los primeros meses de su mandato, tomó medidas que parecían augurar una vuelta a una práctica constitucional pre-11-S, con el reconocimiento de los derechos a la libertad personal e integridad en los términos previstos en el "viejo" constitucionalismo.

Durante su campaña electoral[51] y en los primeros días en la Casa Blanca,[52] Obama afirmó su intención de cerrar Guantánamo y de llevar ante los tribunales ordinarios a los allí detenidos a los que cupiese probar culpables de delitos. Lo que implicaba abandonar las modalidades varias de comisiones militares defendidas por la administración Bush II. Intención que reiteró el Fiscal General Eric Holder. Decisiones que parecían prefigurar un cambio de rumbo acorde con el repudio de la tortura y la reconsideración de las técnicas de interrogación, de forma y manera que

[51] Discurso del entonces candidate de 2 de Agosto de 2007: "As President, I will close Guantanamo, reject the Military Commissions Act and adhere to the Geneva Conventions. Our Constitution and our Uniform Code of Military Justice provide a framework for dealing with the terrorists". Tomado de Andrew Malcolm, Obama and Guantanamo: A chronology of his broken promise, *Los Angeles Times*, 2 de Julio de 2010, disponible en http://latimesblogs.latimes.com/washington/2010/07/obama-guantanamo.html.

[52] Jake Tapper, 'Obama Order to Shut Gitmo, CIA Detention Centers', *ABC News*, 22 de Enero de 2009, disponible en http://abcnews.go.com/Politics/LawPolitics/story?id=6707095&page=1#.T1SsE4caOf4.

hubiese plena certidumbre de su conformidad con los estándares constitucionales e internacionales.

La postura de la administración ha variado significativamente desde el inicio del mandato, empujada por la presión mediática ejercida por los republicanos, por la derrota política en las elecciones *mid-term* de 2010 y la consecuente ofensiva ya no sólo mediática sino institucional de los republicanos,[53] y por la voluntad de mantener de *forma flexible* abiertas las opciones políticas del Presidente.

El primer cambio sensible en la posición de la nueva administración se manifestó en el informe de la Task Force encargada por el Presidente de revisar el estatus de los detenidos en Guantánamo. En el texto de Enero de 2010, que sólo se hizo público en Mayo,[54] la Comisión reitera la conveniencia de cerrar el campo y de llevar ante los tribunales ordinarios a los detenidos de los que se posean pruebas de su culpabilidad. Al mismo tiempo, considera con detenimiento el complejo problema que suscitan los detenidos que hayan de ser puestos en libertad, pero que sean ciudadanos de estados en los que es previsible vayan a sufrir menoscabos de su libertad, integridad o en los que corra peligro su vida. Pero, sobre todo, el informe introduce en el discurso de la administración Obama la categoría central del discurso bushiano, la del "enemigo". 78 de los detenidos no pueden ser llevados ante los Tribunales (léase: es probable que sean absueltos, porque los estándares procesales y sustantivos de los tribunales ordinarios no son los mismos que los de las comisiones militares) *pero* hay poderosas razones de seguridad nacional que hacen *imposible* su liberación. En relación con estos detenidos, se acepta (y al hacerlo, se normaliza) la detención indefinida por *fiat* gubernamental.[55] La pirueta constitucional de los juristas de Obama consiste en afirmar

---

[53] 'Closing Guantanamo, Legal Issues', Congressional Research Service http://www.fas.org/sgp/crs/natsec/R40139.pdf.

[54] Aunque fragmentos de sus contenidos se filtrarán con anterioridad, de modo claramente intencional y estratégico, aunque quizás estos dos adjetivos sean totalmente redundantes al hablar de la filtración de un documento gubernamental.

[55] 'Guantanamo Review Task Force', 22 de Enero de 2010, disponible en http://www.justice.gov/ag/guantanamo-review-final-report.pdf, p. 24: "While the reasons vary from detainee to detainee, generally these detainees cannot be prosecuted because either there is presently insufficient admissible evidence to establish the detainee's guilt beyond a reasonable doubt in either a federal court or military commission, or the detainee's conduct does not constitute a chargeable offense in either a federal court or military commission. Though prosecution currently is not feasible for these detainees, designating a detainee

que el Presidente, en tanto que comandante en jefe, puede ordenar esta detención. Si bien ello no es óbice, *Boumediene* en mano, para que los detenidos puedan solicitar la tutela judicial efectiva (los tribunales, salvo que declaren la inconstitucionalidad de las normas legales aprobadas por el Congreso, denegarán, como ya han hecho, este derecho; la legislación aprobada en el último bienio bushiano ha conferido base legal a la prerrogativa presidencial, y permite esta aparente pirueta argumentativa a los juristas de Obama). De este modo, refluye el marco jurídico de la "guerra contra el terrorismo", aún sin utilizar tal término, con esta extraña combinación de las normas aplicables a la guerra y al proceso penal por acciones terroristas.

La segunda indicación ha sido la persistencia en la defensa del argumento de la administración Bush II en lo concierniente a los derechos que tienen los detenidos en la prisión de la base militar de Bagram (Afganistán). Los abogados que representan al Gobierno ante los tribunales alegan que el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva y al *writ* de habeas corpus a los detenidos en Guantánamo que se contiene en *Boumediene* no se extiende a Bagram.[56] Afirmar tal cosa implica suscribir una concepción tanto del "conflicto persistente" como del poder presidencial muy semejantes a las defendidas por los juristas de Bush II. Este *volte de face* es especialmente paradójico a la vista de que algunos de los abogados de Obama litigaron *Boumediene* ante el Supremo defendiendo a los detenidos en Guantánamo.[57] De esta forma, la "grieta" en el orden constitucional "clásico" que suponen los 78 detenidos de Guantánamo deja de ser una excepción marginal, y se convierte en un colectivo que cae bajo la categoría general "enemigo". La persistencia de cárceles secretas (*black sites*) pese a la afirmación de Bush II acerca de su desmantelamiento en 2007, persistencia verificada en lo que concierne a Bagram, [58]hace aún más perniciosa esta categoría.

---

for detention does not preclude future prosecution in either a federal court or a military commission should new evidence or other developments make a prosecution viable".

[56] Charlie Savage, 'Obama Upholds Detainee Policy in Afghanistan', *The New York Times*, 21 de Febrero de 2009, disponible en http://www.nytimes.com/2009/02/22/washington/22bagram.html?_r=2&scp=2&sq=bagram&st=cse.

[57] El caso más conocido es el de Neal Katyal. Una dura crítica en Josh Gerstein, 'A Gitmo bar turncoat?', *Politico*, 5 de Enero de 2010, disponible en http://www.politico.com/blogs/joshgerstein/0110/A_Gitmo_bar_turncoat.html.

[58] Véanse Max Fisher, 'Our Secret "Black Jail" in Afghanistan, *Atlantic Monthly*, 30 de Noviembre de 2009, http://www.theatlanticwire.com/politics/2009/11/our-secret-

La tercera indicación de un cambio de postura deriva de la reintroducción de las comisiones militares. Ante negación de fondos por el Congreso para llevar ante los Tribunales Ordinarios a los detenidos en Guantánamo en relación con los cuales se estimaba que existían altas probabilidades de lograr una condena, la administración Obama reintroduce las comisiones militares.[59] En Abril de 2011 Holder confirmó que el detenido en Guantánamo y presuntamente autor intelectual de los atentados del 11-S–en su interrogatorio se ha reconocido se empleó el *submarino*,[60] Khalid Sheik, no sería llevado ante los tribunales ordinarios.[61] En Noviembre de 2011 inició sus trabajos la primera comisión militar bajo la Presidencia Obama, en la que se enjuicia a Rahsim al-Nashiri–otro de los presos de Guantánamo que ha sido reconocido fue sometido al *submarino*.[62]

Finalmente, la firma (y el no ejercicio del veto presidencial) en relación con el *National Defense Authorization Act de 2012*. Fuertemente presionado por los republicanos, [63] Obama ha aceptado la involución del

---

black-jail-in-afghanistan/26290/; Scott Horton, Obama's Black Sites, *Harper's*, 19 de Mayo de 2010, disponible en http://harpers.org/archive/2010/05/hbc-90007026; Hillary Andersson, Red Cross confirms 'second jail' at Bagram, Afghanistan, *BBC*, 11 de Mayo de 2010, disponible en http://news.bbc.co.uk/2/hi/south_asia/8674179.stm; Max Fisher, What We Know About Now-Confirmed 'Black Site' Prison at Bagram, *Atlantic Monthly*, 11 de Mayo de 2010, http://www.theatlanticwire.com/global/2010/05/what-we-know-about-now-confirmed-black-site-prison-at-bagram/24494/.

[59] 'Executive Order 13567--Periodic Review of Individuals Detained at Guantánamo Bay Naval Station Pursuant to the Authorization for Use of Military Force', disponible en http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/03/07/executive-order-13567-periodic-review-individuals-detained-guant-namo-ba

[60] Mike Nizza, 'Spy Chief Confirms Three Waterboardings', *The New York Times*, 5 de Febrero de 2008, http://thelede.blogs.nytimes.com/2008/02/05/spy-chief-confirms-three-waterboardings/

[61] Charlie Savage, 'In a Reversal, Military Trials for 9/11 Cases', *The New York Times*, 4 de Abril de 2011, http://www.nytimes.com/2011/04/05/us/05gitmo.html. Ya en Enero de 2010 Holder había renunciado a su plan inicial de celebrar juicios en Nueva York, véase Scott Shane y Benjamin Weiser, 'U.S. Drops Plan for a 9/11 Trial in New York City', *The New York Times*, 29 de Enero de 2010, disponible en http://www.nytimes.com/2010/01/30/nyregion/30trial.html?pagewanted=all.

[62] Charlie Savage, 'Accused Al-Qaeda Leader Is Arraigned in U.S.S. Cole Bombing', *The New York Times*, 9 de Noviembre de 2011, disponible en http://www.nytimes.com/2011/11/10/us/abd-al-rahim-al-nashiri-arraigned-in-uss-cole-bombing.html. Sobre su tortura, véase supra, nota 60.

[63] Que han hecho uso de su victoria en las elecciones mid-term de 2010 para convertir al Congreso (incluido el Senado en el que no tienen mayoría) en una caja de

régimen jurídico de las comisiones militares, y la consagración del concepto de "beligerante no privilegiado". Ha terminado aceptando –si bien con reparos *exclusivamente en lo que atañe a los ciudadanos estadounidenses*–la necesidad de la detención indefinidad *por fiat* presidencial.

En buena medida la firma del *National Defense Authorization Act de 2012* cierra el círculo. Del rechazo del término de "combatiente enemigo" y al régimen jurídico peculiar de los mismos, hemos pasado a la recuperación, paso a paso, de ese régimen jurídico, y finalmente, a la expansión del término "beligerante no privilegiado", que cumple una función semejante a la de "combatiente enemigo". Especialmente si se tiene en cuenta que tanto Al Qaeda como los talibanes son dos estructuras nebulosas, por lo que la condición de miembro de ellas es igualmente indeterminada. Al fin y al cabo, su estructura *en red* implicaba su radical *novedad.* Cómo ahora sea compatible con el carácter determinado del concepto es algo un nuevo misterio.

Los juristas de Obama parecen aceptar que las prerrogativas presidenciales sobre los "enemigos" derivan de las leyes y decisiones del Congreso y–de forma más indeterminada–de las leyes internacionales (del *ius in belli).* Esa presunción de aceptación se mantiene un tanto indeterminada e imprecisa, en la medida en la que la nueva administración ha rehuido cualquier articulación general de los contornos del poder presidencial (ni siquiera el discurso de Holder en Northwestern de Marzo de 2012 es tajante al respecto).[64] Es pertinente recordar que, si bien por puras razones prudenciales, la administración Bush II había buscado y logrado el refrendo parlamentario a tales prerrogativas, con lo que sustantivamente el nuevo "discurso" de Obama acerca de la fundamentación de las prerrogativas tiene consecuencias bien distintas a las que hubiese tenido antes de 2006. O como ya se ha señalado antes, dado que el marco legislativo reconoce un amplio poder al Presidente (una vez que Bush II optara por obtener el refrendo del Congreso a su *brave new constitutionalism*) el fundamento de la autoridad presidencial se ha convertido, en términos operativos, en una cuestión secundaria.

---

resonancia del discurso "alarmista" acerca de las consecuencias de cerrar Guantánamo. http://www.nytimes.com/2012/02/09/us/gop-report-criticizes-transfers-from-guantanamo.html?ref=charliesavage); el informe: http://armedservices.house.gov/index.cfm/files/serve?File_id=dd0b4c6e-528e-4138-9755-86bae92e1cdb

[64] Nota 31.

2.2. Las "técnicas de interrogación" mejoradas

Pero el ejemplo más espectacular de cambio conceptual lo constituye la (re)definición de qué haya de entenderse por tortura, y por ende, por el el derecho a la integridad personal.

Mediante el "vaciamiento" del supuesto de hecho de la tortura y la recaracterización de las técnicas que antes caían bajo la misma como "técnicas mejoradas de interrogación" (*enhanced interrogation techniques*), los juristas de corte de Bush II pretendieron "juridificar" y "constitucionalizar" la tortura.

En una larga serie de dictámenes, la Oficina de Consejo Jurídico estadounidense pretendió conciliar esa prohibición con una práctica constitucional en la que la tortura se *normalizaba.*[65] Los abogados de corte de Bush II pretendieron eliminar la eficacia práctica de la prohibición de la tortura mediante la redefinición y vaciamiento del concepto de tortura. De acuerdo con el *brave new constitutionalism* en su versión bushiana, para que un acto pueda ser calificado como "tortura" es necesario que satisfaga simultáneamente dos condiciones, una objetiva, la otra subjetiva. La condición objetiva es que el acto genere un "daño severo", bien físico o mental.[66] A su vez, el daño severo físico concurre si es"equivalente en intensidad al dolor que acompaña a las lesiones físicas graves, como el fallo orgánico, deterioro de las funciones corporales o incluso muerte".[67]

---

[65] Dictamen de Jay S. Bybee para Alberto R. Gonzales, 'Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A', de 1 de Agosto de 2002, disponible en http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/02.08.01.pdf; Carta de Yoo a Gonzales, 'regarding "the views of our Office concerning the legality, under international law, of interrogation methods to be used on captured al Qaeda operatives"', de 1 de Agosto de 2002, disponible en http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/020801.pdf; Dictamen de Yoo para Haynes II, 'Regarding the Torture and Military Interrogation of Alien Unlawful Combatants Held Outside the United States', de 14 de Marzo de 2003, disponible en http://www.aclu.org/pdfs/safefree/yoo_army_torture_memo.pdf. Bybee había elaborado un dictamen dirigido a Haynes II acerca de la relación entre la decisión de llevar a los detenidos antes Comisiones Militares y la admisión de pruebas obtenidas mediante determinados métodos de interrogación (en román paladino, mediante tortura). Véase See 'Potential Legal Constrains Applicable to Interrogations of Persons Captured by US Armed Forces in Afghanistan', de 26 de Enero de 2002 , disponible en http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/02.02.26.pdf.

[66] Dictámen de Bybee/Yoo Memo, *supra*, n 50, p. 3.

[67] Ibidem, p. 6. Esta expresión deriva de la definición de dolor físico agudo que se emplea como criterio para prestar asistencia sanitaria a las personas que carecen de seguro

Se produce un daño mental si el menoscabo es duradero (siendo necesario que se prolongará durante meses sino años) y si resulta de una de las acciones concretas tipificadas por el derecho interno aplicable.[68] El requisito subjetivo sólo se cumple si el interrogador actuaba con dolo específico,[69] o lo que es lo mismo, queriendo conscientemente llevar a cabo el acto concreto calificado como tortura.[70] Dicho de otro modo, los abogados de Bush II negaron que se pudiese hablar de tortura si el interrogatorio "meramente" resultase en un daño o sufrimiento físico o mental prolongado; siendo imprescindible que, además, el estado del mental del interrogador fuera el correspondiente a la causación de *tal daño* a una víctima concreta.[71]

De las consecuencias bien concretas en forma de sevicias varias de esta redefinición de la tortura tenemos constancia fehaciente[72] porque, a causa de un "error" en el expurgo, en los dictámenes de la Oficina de Consejo Jurídico hechos públicos en Abril de 2009 por el Fiscal General de Obama pudo leerse que dos detenidos (Khalid Sheik Mohammed y Abu Zubaydah), habían sido sometidos al "submarino" (*waterboarding*) al cuando menos 266 veces (y no dos veces durante medio minuto como habían sostenido algunos altos cargos de la administración Bush II en su campaña mediática por "normalizar" el "submarino".)[73]

---

de enfermedad en Estados Unidos. Se utilizó como referencia a la hora de definir que fuera tortura con el argumento peregrino de que se trataba de la única definición de dolor físico agudo en el código de leyes federales.

[68] Ibidem pp. 9-12. Donde puede leerse "(a) intentional infliction or threatened infliction of severe physical pain or suffering; (b) administration or application, or threatened administration or application, of mind-altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or the personality; (c) threat of imminent death; (d) the threat that another person will imminently be subject to death, severe physical pain or suffering, or the administration or application of mind-altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or personality"

[69] "Specific intent" en inglés.

[70] Ibidem p. 3.

[71] Ibidem. p. 8.

[72] Aunque ya sabíamos con anterioridad que la administración Bush II había ordenado la tortura. Sabíamos con plena certeza que el Consejo de Seguridad Nacional había discutido y aprobado el uso expreso de varias técnicas de interrogación contrarias al derecho internacional y a la interpretación tradicional del derecho constitucional interno. El propio Presidente Bush II, en varias ocasiones, y el presidente de facto y vicepresidente de jure Dick Cheney lo reconocieron en reiteradas ocasiones.

[73] http://www.guardian.co.uk/world/2009/apr/20/waterboarding-alqaida-khalid-sheikh-mohammed

El Presidente Obama tomó decisiones en los primeros días de su mandato que parecían indicar que la práctica constitucional volvería a alinearse con el "viejo" derecho constitucional. Se repudió el uso de las formas más obvias de tortura (el *waterboarding* del que abusara Bush),[74] al tiempo que el nuevo director de la CIA manifestó la voluntad de usar de forma restrictiva la práctica de la *extraordinary rendition*.

Sin embargo, la detención y confinamiento de Brian Manning, un militar acusado de haber incurrido en varios delitos al haber sido instrumental en la difusión por Wikileaks de ingente información acerca del modo y manera en que se conducían de forma efectiva las guerras de Afganistán y de ~~Irán~~ de Manning, han puesto de relieve el verdadero alcance de la concepción del derecho a la integridad de los juristas de Obama. Acusado de haber procurado a Wikileaks ~~una cantidad ingente de~~ documentos, incluidos los papeles de Afganistán, de Irak, del Departamento de Estado y de Guantanamo,[75] Manning fue detenido en una base militar en Kuwait (durante dos meses) y durante casi nueve en una base militar en Estados Unidos. Desde el momento de su detención estuvo aislado 23 de cada 24 horas, recluido en su celda. En la cual se le impidió el ejercicio y estuvo sometido a vigilancia constante. No se le facilitaron ni almohada ni sábanas. En la hora en la que salía de la celda, no se le permitía el acceso a información alguna del mundo exterior. Hay testimonios de que en ocasiones se forzó a Manning o bien a endosar una determinada vestimenta o a quedarse desnudo. [76] Si el caso de Manning es representativo, la administración Obama ha repudiado las formas más obvias de tortura, pero el núcleo duro del concepto de integridad personal del *brave new constitutionalism* persiste. La combinación de condiciones

---

[74] Orden Ejecutiva; Prohibición de la Tortura en Discurso del Cairo de 6 de Junio de 2009 http://www.nytimes.com/2009/06/04/us/politics/04obama.text.html?pagewanted=all: " I have unequivocally prohibited the use of torture by the United States, and I have ordered the prison at Guantanamo Bay closed by early next year."

[75] Véase http://wikileaks.org.

[76] Glen Grenwald, 'The Inhumane Conditions of Bradley Manning's detention', *Salon*, 15 de Diciembre de 2010, disponible en http://www.salon.com/2010/12/15/manning_3/; Marcus Baram, 'Bradley Manning's Detention: UN Probing Whether Case Counts As Torture', *The Huffington Post*, 22 de Diciembre de 2010, http://www.huffingtonpost.com/2010/12/22/un-probing-bradley-manning-detention_n_800461.html; Ed Pilkington, 'Bradley Manning: top US legal scholars voice outrage at "torture"', *The Guardian*, 10 de Abril de 2011,disponible en http://www.guardian.co.uk/world/2011/apr/10/bradley-manning-legal-scholars-letter. Véase también la carta abierta de decenas de profesores en http://www.nybooks.com/articles/archives/2011/apr/28/private-mannings-humiliation/.

de detención de Manning pueden no constituir trato cruel, inhumano y degradante *de forma aislada*, pero sí lo son cuando se producen de forma simultánea.[77] De esta forma, la administración Obama se afirma capacitada para dejar de lado la prohibición de tortura y trato cruel inhumano y degradante propia del *viejo* derecho constitucional estadounidense.[78]

El uso y abuso del secreto y la opacidad por parte de la administración Obama, émulo del característico de las administraciones de Bush II, y el hecho de que Panetta, en su antigua condición de director de la CIA, haya manifiestado su intención de reducir el uso de la *extraordinary rendition*, para desmentirse de inmediato[79], tampoco nos permiten tener la certeza de que la *extraordinary rendition* no sigue usándose para *deslocalizar* las violaciones del derecho a la integridad personal.[80]

---

77 Véase Gren Grenwald, 'UN top torture official denounces Bradley Manning's detention', *Salon*, 7 de Marzo de 2012, disponible en http://www.salon.com/2012/03/07/un_top_torture_official_denounces_bradley_mannings_detention/singleton/

78 El tratamiento vejatorio, cruel e inhumano al que se ha visto sometido Bradley Manning no ha tenido nada de secreto. Ser público y notorio es quizás parte de su función. Inmediata y directa, en la medida en que se persiga disuadir preventivamente a cualquier otro "whistblower" de hacer públicas informaciones que comprometan no tanto la seguridad nacional, como la impunidad de los gobernantes. Y de forma mediata e indirecta, en la medida en la que "normaliza" la transformación de la práctica constitucional.

79 'Panetta Confirmation Hearing: Obama's CIA Pick Says No More "Extraordinary Rendition"', *The Huffington Post*, 2 de Febrero de 2009, disponible en http://www.huffingtonpost.com/2009/02/05/panetta-confirmation-hear_n_164390.html : "President Barack Obama forbids what Panetta called 'that kind of extraordinary rendition (...)when we send someone for the purpose of torture or actions by another country that violate our human values (...)What happened I can't tell you specifically,' he said later, 'but clearly steps were taken that prompted this president to say those things ought not to happen again." Panetta se retractó al día siguiente acerca de su definición de la "extraordinary rendition" bajo Bush II. Véase 'Panetta Takes Back Remarks On Detainee Rendition', *The Huffington Post*, 3 de Febrero de 2009, http://www.huffingtonpost.com/2009/02/06/panetta-takes-back-remark_n_164650.html . Véase David Johnston, 'U.S. Says Rendition to Continue, but With More Oversight', *The New York Times*, 25 de Agosto de 2009, disponible en http://www.nytimes.com/2009/08/25/us/politics/25rendition.html.

80 Al tiempo que la decisión paralela de extender el programa de asesinatos selectivos mediante aviones no tripulados, manteniendo secreta el dictamen de la Oficina de Consejo Jurídico en el que se sostiene, arroja una sombra muy alargada sobre la credibilidad de la administración Obama cuando afirma haber ajustado a los estándares constitucionales.

2.3. *La guerra de amplio espectro y el fin de la soberanía estatal*

El tercer pilar conceptual del *brave new constitutionalism* es la "guerra de amplio espectro", implícito en el concepto de "guerra contra el terrorismo" acuñado por los juristas de Bush II y bajo el alternativo de "guerra contra Al Qaeda" bajo la presidencia de Obama. La intuición central es que estas guerras son también nuevas en su extensión geográfica, al desbordar toda frontera estatal. Tanto la "guerra contra el terrorismo" como la "guerra contra Al Qaeda" son guerras "totales" geográficamente, porque no hay forma de delimitar *ex ante* cual sea el teatro militar de operaciones. Literalmente todo el mundo es el campo de batalla, de una batalla también novedosa, en tanto que larvada e imperceptible al ojo desnudo del ciudadano.

El carácter territorialmente indefinido de la Autorización del Uso de la Fuerza del Congreso, aprobada bajo el *shock* de los atentados del 11-S, fue ampliamente instrumentalizado por la administración Bush II.

La afirmación de que Estados Unidos combatía una "guerra de amplio espectro" conduce de forma inmediata a la transformación del programa de *extraordinary renditions* iniciado bajo la presidencia Clinton, que de ser un instrumento heterodoxo para llevar ante la justicia en terceros países a personas perseguidas en los mismos se convirtió en instrumento fundamental para ensayar y desarrollar tanto la detención por *fiat* gubernativo como las técnicas de interrogación otrora consideradas como tortura o trato cruel, inhumano y degradante. Las *extraordinary renditions* suponen de este modo la *reversión* del principio en el que se afirma se basa Al Qaeda, ajustar los medios de combate al terrorismo al carácter *transnacional* de la propia amenaza terrorista.

De igual forma, la guerra de Irak es una aplicación inmediata del concepto de "guerra de amplio espectro", en la medida en que los juristas de Bush II sustentaron su constitucionalidad en su condición de parte de la guerra contra el terrorismo (de modo que la autorización del Congreso pudo ser vista como confirmación de un poder del que ya se había investido al Presidente). El hecho de que el ataque no estuviese respaldado por una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas era *irrelevante*. Las pruebas exhibidas por el Secretario del Departamento de

Estado Powell demostraban la superioridad moral del *brave new constitutionalism* y el carácter caduco y obsoleto del derecho internacional.[81]

Finalmente, la Ley de Comisiones Militares de 2006 implica la traslación a una norma legal sancionada por el Congreso del concepto de "guerra de amplio espectro", en la medida en la que afirma la prerrogativa del Presidente (y por ende, del estado estadounidense) de detener en cualquier lugar del mundo a cualquier sospechoso de ser miembro de Al Qaeda.

La administración Obama ha suscrito plenamente el concepto de "guerra de amplio espectro", como demuestra no sólo su creciente insistencia en el carácter "global" de la lucha contra Al Qaeda (anticipado por la decisión de "fundir" Afganistán y Pakistán en el nuevo concepto de Afpak), sino muy especialmente el papel fundamental que la nueva administración ha asignado a los llamados "ataques de precisión", denominación con la que se hace referencia a los ataques que mediante aviones no tripulados se realizan sobre objetivos concretos (y de los que me ocupo en la sección subsiguiente). Tales ataques suelen producirse en el territorio de países terceros, muy especialmente Pakistán (en la zona gris de la frontera con Afganistán, y en Yemen.[82]

En primer lugar, el cambio de estrategia de la administración Obama en Afganistán vino acompañado de la generalización del neologismo Afpak[83]

---

81 ISIKOFF, M., y CORN, D., *Hubris*, Three Rivers Press, New York, 2006.

82 Pir Zubair Shah, 'My Drone War', *Foreign Policy*, Marzo/Abril 2012, disponible en http://www.foreignpolicy.com/articles/2012/02/27/my_drone_war?page=full; Karen De Young, 'U.S. increases Yemen drone strikes', *Washington Post*, 17 de Septiembre de 2011.

83 El término parece haber sido acuñado por el difunto Richard Hoolbroke en febrero de 2008 (es decir, en plena campaña electoral, en condición de asesor de política exterior de Hillary Clinton, y antes de que al llegar a la Casa Blanca, Obama lo nombrase representante especial para Afganistán y Pakistán- Véase Helene Cooper, 'Choosing which War to Fight', New York Times, 24 de Febrero de 2008, disponible en http://www.nytimes.com/2008/02/24/weekinreview/24cooper.html?scp=1&sq=choosing%20which%20war%20to%20fight%20 2008&st=cse. Sobre el sentido e implicaciones del término, el propio Hoolbroke es una fuente fundamental: "First of all, we often call the problem AfPak, as in Afghanistan – Pakistan. This is not just an effort to saved eight syllables. It is an attempt to indicate and imprint in our DNA the fact that there is one theater of war, straddling an ill-defined border, the Durand Line, and that on the western side of that border, NATO and other forces are able to operate. On the eastern side, it's the sovereign territory of Pakistan. But it is there on the eastern side of this ill-defined border that the international terrorist movement is located. Al Qaeda and other organizations of its sort and we have to think of it that way, not to distinguish between the two", del discurso de Hoolbroke en la *Munich Security*

(Afghanistán + Pakistán).[84] Si bien formalmente el término no cuestiona la soberanía pakistaní, su uso coincide con la multiplicación de las acciones militares, explícitas o encubiertas, en ese país. Acciones con las que se pone de relieve una falta de atención al derecho internacional y al concepto básico de soberanía e integridad territoriales que implica aceptar al 11-S como parteaguas constitucional.

En segundo lugar, Obama ha convertido los asesinatos selectivos, generalmente llevados a cabo mediante aviones no tripulados, en parte fundamental de la "guerra contra Al Qaeda". Estos ataques, como indicaré en la subsección sucesiva, plantean graves problemas constitucionales, en la medida en la que el Presidente ordena acabar con la vida de una persona sin garantía procesal alguna.[85] A ello se une, y es lo que en este apartado nos interesa, que la inmensa mayoría de estos ataques se producen en lugares que no son parte del campo de batalla en Irak o en Afganistán. Entender que la autoridad del Presidente para ordenarlos deriva de la Autorización de Septiembre de 2001 implica necesariamente abrazar el concepto de "guerra de amplio espectro".

2.4. Los ataques de precisión y la disposición gubernativa sobre la vida

El cuarto concepto fundamental en el léxico del brave new constitutionalism es el de "ataque de precisión", mediante el que se designa a un ataque puntual que tiene por objeto acabar con la vida de una o varias personas, generalmente llevado a cabo mediante aviones no tripulados. [86]

Conference, de 8 de Febrero de 2009, texto disponible en http://www.securityconference.de/Richard-C-Holbrooke.228.0.html.

[84] Esta fusión, que quizá tenga o no sentido desde la perspectiva de la organización militar, tiene enormes consecuencias una vez que se transforma en categoría jurídicamente relevante, al "extender" la cobertura de la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que autorizaba la intervención en Afganistán a Pakistán. Operaciones como la del asesinato selectivo de Obama Bin Laden se pretende de este modo que queden cubiertas al redefinir el concepto de que sean Afganistán y Pakistán.

[85] A los oídos europeos, la idea misma de pena de muerte es escandalosa; pero ciertamente lo es más la imposición de la pena capital *por decisión del gobierno*, sin que medie siquiera la tutela judicial efectiva que verifique identidad y culpabilidad del objetivo de la acción)

[86] En tal medida que existe una *Precision Strike Association*, que se auto-define en su página web www.precisionstrike.org como una organización sin fines de lucro–y por tanto

Como ya queda dicho en la sección anterior, los "ataques de precisión" plantean múltiples problemas constitucionales. Amén de la violación del territorio de terceros estados, los ataques se dirigen contra personas que no se encuentran en el campo de batalla o en una situación de combate, por lo que ese ataque, de acuerdo con el viejo derecho constitucional, supone que el Presidente ordena la comisión de una ejecución extrajudicial. Tras la caracterización "ataques de precisión" se esconde la dura realidad del uso de la fuerza, y de la fuerza que mata. En ausencia de todo proceso judicial y dado el carácter secreto de las operaciones, no hay garantía alguna ni de que las personas cuyo asesinato se ordena sean culpables de nada, ni de las consecuencias reales de los ataques (pues la asepsia de la denominación "ataques de precisión" sirve tan sólo para crear el mito de la eficiencia militar, al tiempo que los hechos parecen contradecirla).[87]

Bush II firmó una circular secreta[88] en la que autorizaba la ejecución de asesinatos selectivos pasadas literalmente horas después de los atentados del 11 de Septiembre.[89] Tenemos noticia de que el ámbito de la autorización presidencial se amplió en el año 2002.[90] En la primavera de 2003, el recurso a las ejecuciones extrajudiciales se había normalizado, hasta el punto de que se dio amplia cuenta en los medios de comunicación del intento de asesinato de Saddam Hussein en las horas previas al inicio de la campaña militar en Irak.[91] Desde entonces, el número de asesinatos de los que hemos tenido noticia por la prensa es considerable; incluso es público y notorio que el Presidente dio "licencia para matar" a los agentes

exenta de impuestos–"serving the precision strike community", o lo que es lo mismo "a world class organization dedicated to advancing the art and science of precision engagement concepts and technologie. The Association focuses on DoD's Kill Chain [sic] by supporting the development of systems that find, fix, track, target, attack and asses hard and soft targets". Tan loable organización es una "coalition of military, government, academic and industrial subject matter experts".

87 Véase por ejemplo Paul Rogers, 'Drone warfare: cost and challenge', *Open Democracy*, 23 de Junio de 2011, disponible en http://www.opendemocracy.net/paul-rogers/drone-warfare-cost-and-challenge

88 Así traduzco el término "secret intelligence finding".

89 Bob Woodward, 'CIA Told to Do "Whatever Necessary" to Kill Bin Laden', *Washington Post*, 21 de Octubre de 2001.

90 James Risen y David Johnston, 'CIA expands authority to kill Qaeda leaders', *New York Times*, 15 de Diciembre 2002.

91 David E. Sanger y John F. Burns, 'Bush Orders Start of War on Iraq; Missiles apparently miss Hussein', *New York Times*, 20 de Marzo de 2003.

que participaron (y quizá siguen participando a la fecha de cierre de este artículo) en las operaciones secretas en territorio iraní.[92]

Pese a que prácticamente no medió dilación entre los atentados del 11 de Septiembre de 2001 y la circular presidencial autorizando el recurso al asesinato selectivo, y que por ello parece que no existe un dictamen formal de los "abogados" de Bush II justificando la constitucionalidad de la medida, el hombre que con gran probabilidad fue consultado oralmente en tanto que responsable a todos los efectos de la Oficina de Consejo Jurídico,[93] John Yoo, ha afirmado por escrito que en su opinión, la prohibición presidencial de recurrir al asesinato no es de aplicación en la "guerra contra el terrorismo",[94] en tanto que nos encontramos ante un nuevo tipo de conflicto en el que los enemigos no serán derrotados en "operaciones convencionales", sino mediante "asesinatos selectivos de carácter terapéutico".[95] Y ello en aplicación de la doctrina más amplia de la "legítima defensa preventiva colectiva" que distorsiona notablemente el concepto de legítima defensa colectiva tal y como se recoge en el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas.

La administración Obama convirtió desde su llegada a la Casa Blanca a los asesinatos selectivos ejecutados mediante aviones no tripulados (*drones*) en elemento central de su política de seguridad nacional. Se estima que el número de misiones de este tipo en los tres primeros años de mandato de Obama habrían quintuplicado al total de las ordenadas por

---

[92] Andrew Cockburn, 'Secret Bush "Finding" Widens War on Iran', *Counterpunch*, 2 de Mayo de 2008.

[93] La Oficina de Consejo Jurídico ("Office of Legal Counsel", generalmente referida mediante el acrónimo OLC) es un órgano del Departamento de Justicia, que por delegación del *Attorney General* (básicamente equivalente a nuestro Ministro de Justicia, aunque también asume funciones fisclaes) desempeña la función de supremo órgano consultivo acerca de la constitucionalidad y legalidad de la acción gubernamental. El partidismo de la Oficina bajo la Presidencia de Bush II ha hecho que sea conocida como "The President's law firm".

[94] Ibidem, p. 58 y muy especialmente pp. 60 y 63.

[95] Ibidem, p. 54. La inercia argumentativa lleva a Yoo a afimar que los atentados del 11 de Septiembre merecerían la calificación de "legales" de no ser por el método empleado, es decir, el secuestro de aviones civiles (YOO, J., , *War by other Means*, Atlantic Press, New York, 2006, p. 64), una conclusión peculiar y a mi juicio delirante e incorrecta. Otra opinión disparatada acerca de la legalidad de la captura de Rumsfeld o Tenet por Al Qaeda en p. 166.

Bush II (44 contra 239).[96] A la polémica inicial por el uso de los *drones*, avivada por el *volte de face* de Koh[97] ha seguido la escandalera derivada de que Obama autorizase una operación dirigida contra un ciudadano estadounidense, Anwar Al Awlaki–y en el que murió al menos un segundo ciudadano estadounidense, Samir Khan.[98] La legalidad de esta operación habría sido establecida en un dictamen del Consejo Jurídico Legal, que sin embargo el gobierno Obama ha mantenido en secreto. Tal polémica está en el origen del discurso del Fiscal General Holder que constituye la más completa reformulación del *brave new constitutionalism* en las postrimerías de la Presidencia Obama.[99] Por el contrario, el caso más paradigmático de asesinato selectivo (aunque no se hiciera uso de un *drone*), el asesinato de Osama Bin Laden en la primavera de 2011, no provocó apenas discusión pública en Estados Unidos.[100]

3. Cierre del círculo: las razones normativas en favor de los espacios constitucionales vacíos

La novedad radical de los atentados terroristas del 11-S exige, como vimos en el apartado anterior, *nuevos conceptos*, y muy especialmente, *nuevos conceptos pretendidamente jurídicos*: combatiente enemigo, beligerante no privilegiado, técnicas de interrogación mejoradas, guerra de amplio espectro, rendición extraordinaria, ataque de precisión. En esta sección nos ocupamos del cierre del círculo argumentativo, de cómo ese nuevo léxico conduce a un nuevo contenido sustantivo del derecho constitucional y estabiliza la percepción social de los atentados del 11-S como acontecimiento epocal.

---

[96] David Rhode, 'The Obama Doctrine', *Foreign Policy*, Marzo/Abril de 2012, disponible en http://www.foreignpolicy.com/articles/2012/02/27/the_obama_doctrine.

[97] Koh. 'The Obama Administration and International Law', disponible en http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/139119.htm (y ulteriormente publicado en Proceedings of the 104 (2010) *Annual Meeting of the American Society of International Law*, pp. 207-221.

[98] Charlie Savage,'Secret U.S. Memo Made Legal Case to Kill a Citizen', *The New York Times*, 8 de Octubre de 2011, http://www.nytimes.com/2011/10/09/world/middleeast/secret-us-memo-made-legal-case-to-kill-a-citizen.html?pagewanted=all.

[99] Holder, *supra*, nota 21.

[100] Thomas Darnstädt, 'Was Bin Laden's Killing Legal?', *Der Spiegel*, 5 de Marzo de 2011, disponible en http://www.spiegel.de/international/world/0,1518,760358,00.html.

Por una parte, los juristas de Bush II (explícitamente) y de Obama (implícitamente) que esos nuevos términos reflejan realidades que convierten en "anticuado y obsoleto" el marco jurídico pre-11-S. De los nuevos conceptos se pretende derivar la existencia de una laguna colosal en el ordenamiento jurídico, que por sus dimensiones bien merece ser calificado como verdadero *espacio jurídico vacío*. Espacio que no está cubierto siquiera por el derecho constitucional, pues el "calibrado" de los derechos fundamentales pre-11-S es tan "anticuado y obsoleto" como la normativa penal o administrativa que *de facto* o *de jure* pretenden arrumbar en el post-11-S. Por tanto, de un *espacio constitucionalmente vacío*. Que ha de llenarse mediante una operación de recalibrado de los principios constitucionales. Frente al irrazonable "conservadurismo" de los defensores del "anticuado y obsoleto" derecho constitucional, se perfila el carácter progresivo del *brave new constitutionalism* que concreta las facultades anejas a los derechos de libertad e integridad personales y el *status* constitucional mismo de algunas normas, muy especialmente el de la regla constitucional que expresa la prohibición *absoluta* de la tortura. De este modo, los defensores del *brave new constitutionalism* manipulan el carácter "principial" de las constituciones democráticas, al colocar el mismo al servicio de la negación de la existencia de cualquier contenido "irrenunciable", de cualquier norma indisponible por parte de quien concrete los valores constitucionales en reglas jurídicas. En concreto, se niega el fenomenal peso abstracto asignado al derecho a la tutela judicial efectiva y la prohibición absoluta de la tortura en la Constitución y en la práctica constitucional pre-11-S de Estados Unidos.

Por otra parte, los nuevos conceptos–como ya anticipé en la sección anterior–contienen el germen de su disciplina jurídica, del nuevo "calibrado" de los derechos fundamentales en el mundo post-11-S. Germen que ha de desarrollarse y concretarse tanto por razones prudenciales (de otro modo, no se estaría en condiciones de responder al desafío existencial que suponen los atentados del 11-S, o ~~dicho de otro modo~~, al desafío existencial cuya existencia revelan los atentados del 11-S, verdaderos augurios del nuevo mundo en el que ahora vivimos) como por razones normativas, pues se hace preciso repensar el modo y manera en que se concretan las normas constitucionales en el mundo 11-S. Llenar el espacio constitucional vacío es algo imprescindible en la lucha contra la *amenaza existencial* que suponen los atentados del 11-S.

Al socaire del estudio del concepto de "enemigo", vimos en la sección anterior que sus declinaciones en "combatiente enemigo" y "beligerante no privilegiado" remiten a una nueva categoría, la de las personas "peligrosas" (para la seguridad nacional), que lo son pese a que las autoridades no tienen pruebas de la comisión de delitos por parte de ellas, y por lo tanto, no están en condiciones de llevarlas ante un tribunal y lograr su condena en el marco del proceso penal. El componente "marcial" de los híbridos "guerra contra el terrorismo" y "guerra contra Al Qaeda" se invoca para justificar la detención de estas personas sin proceso judicial y sin las consiguientes garantías procesales. Lo que la nueva situación tiene de "guerra" justifica pues el recalibrado del derecho a la libertad personal, y en concreto, la sustitución de la tutela judicial por la mera tutela del propio ejecutivo o de una comisión militar, en los términos que ya se adelantaron en la sección anterior. Del *judicial due process* pasamos pues al mero *due process*, en los términos reveladores del propio Fiscal General Holder en marzo de 2012. O dicho de otro modo, el mayor *peso* del bien colectivo seguridad nacional implica un menor *peso* del derecho a la libertad personal, y un recalibramiento de la relación entre derecho a la libertad y garantías procesales, de modo que las garantías propias de un proceso puramente interno al ejecutivo o ante una comisión militar pasan a considerarse suficientes (incluso, como también ya apuntamos al hablar de los ataques de precisión, cuando lo que está en juego no es la libertad sino la propia vida de la persona).

De forma semejante, el vaciado sustantivo de la prohibición de la tortura requiere acuñar los conceptos de "técnicas de interrogación mejoradas" y de "tratamiento humanitario", fundamentales en el recalibrado del derecho a la integridad personal frente al bien colectivo seguridad nacional.

El vaciado de contenido sustantivo de las definiciones de tortura y de trato cruel, inhumano y degradante viene ineludiblemente acompañado de la creación tanto de un término que define las acciones que antes eran constitutivas de tortura pero ahora se pretende que ya no lo son (técnicas de interrogación mejoradas) como de un concepto con el que se caracteriza al nuevo estándar de tratamiento de los detenidos (el trato humanitario). Ambos conceptos conducen a un recalibrado del derecho a la integridad personal frente al bien colectivo seguridad nacional, y en concreto, a la inversión del bien del que se afirma su condición de absoluto o inderrotable. Y ello porque se asigna tal peso a la seguridad

nacional, que en buena medida el "trato humanitario" es meramente aquello que sea compatible con la seguridad nacional. El concepto y el nuevo régimen jurídico se perfilan en la orden militar de Bush II que introduce la detención por *fiat* gubernativo,[101] y terminan de perder todo carácter garantista al negarse la aplicación de las Convenciones de Ginebra a los detenidos en Afganistán (pese a la feroz oposición de buena parte de los juristas militares, y muy especialmente de Alberto Mora)[102] y reaparecen en el discurso jurídico-constitucional de Obama cuando el Presidente modifica su rechazo a las comisiones militares en marzo de 2011 (si bien Obama afirmó simultáneamente la plena extensión de las garantías previstas en las Convenciones de Ginebra a los sujetos a este procedimiento).[103]

La radicalidad de esta operación de recalibrado de los contenidos normativos de la constitución estadounidense fue amortiguada por la administración Bush II al sobreponer el concepto de espacio constitucional vacío en sentido normativo y en sentido físico. O lo que es lo mismo, al *deslocalizar* físicamente las acciones de las autoridades estadounidenses que en nombre de la seguridad nacional menoscababan las concepciones tradicionales de los derechos a la libertad y a la integridad. Y al mantener el régimen de protección "anticuada y obsoleta" a los ciudadanos estadounidenses.

Así, la nueva ponderación del bien iusfundamental colectivo seguridad nacional y los derechos fundamentales a la libertad e integridad personales se aplica inicialmente *en espacios que se afirman no se encuentran* bajo la jurisdicción de la Constitución. A espacios *constitucionalemente vacíos* en un sentido físico. Así, se pretende que ni a

[101] 'Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism' de 13 de Noviembre de 2001, disponible en http://www.fas.org/irp/offdocs/eo/mo-111301.htm, Artículo 3: "Any individual subject to this order shall be: (a) detained at an appropriate location designated by the Secretary of Defense outside or within the United States; (b) treated humanely, without any adverse distinction based on race, color, religion, gender, birth, wealth, or any similar criteria; (c) afforded adequate food, drinking water, shelter, clothing, and medical treatment; (d) allowed the free exercise of religion consistent with the requirements of such detention; and (e) detained in accordance with such other conditions as the Secretary of Defense may prescribe."

[102] Véase SANDS, P., *Torture Team*, Palgrave, Houndmills, 2008.

[103] Scott Shane and Mark Landler, 'Obama Clears Way for Guantánamo Trials', *The New York Times*, 7 de Marzo de 2011, disponible en http://www.nytimes.com/2011/03/08/world/americas/08guantanamo.html.

Guantanamo (durante la administración Bush II) ni a Bagram (administración Obama) *llega* el señorío, la fuerza de la Constitución.[104] De igual forma, la detención y la tortura por *fiat* presidenciales no se aplican a los ciudadanos estadounidenses y en la medida de lo posible, se ocultan en los *black sites* o se deslocalizan.

Así, la *directiva presidencial* de 17 de Septiembre de 2001 dirigida al director de la CIA y a los miembros del Consejo de Seguridad Nacional autorizaba a la CIA a capturar sospechosos de terrorismo y miembros de Al Qaeda, al tiempo que permitía su arresto en prisiones situadas *fuera del territorio de los Estados Unidos*, donde podrían permanecer cautivos indefinidamente.[105] Ese fue el día preciso en que "the gloves came off", pero en principio sólo en la medida en la que *las manos* se encontrasen en un territorio *ajeno* a la Constitución, en un espacio geográfico constitucionalmente vacío: Guantánamo y la red de prisiones en Afganistán (y muy señaladamente Bagram), y las cárceles secretas mantenidas por la CIA (los *black sites*). [106]

---

[104] De este modo, los juristas de corte se valen en el segundo paso de la secuencia argumentativa de la vieja estratagema de los juristas de corte de los monarcas con pretensiones absolutistas, consistentes en "experimentar" nuevas soluciones "jurídicas" en lugares donde pretenden no llega la jurisdicción de los magistrados ni las prerrogativas del Parlamento (verbigracia, Jersey y Guernsey).

[105] ~~President Bush signs a directive giving the CIA the authority to kill or capture suspected al-Qaeda members and to set up a global network of secret detention facilities "black sites" for imprisoning and interrogating them. [TRUTHOUT (.ORG), 8/27/2004] The International Committee of the Red Cross (ICRC) will later call the sites a "hidden global internment network" designed for secret detentions, interrogations, and ultimately, torture. At least 100 prisoners will be remanded to this secret system of "extraordinary rendition." The network will have its own fleet of aircraft (see October 4, 2001) and relatively standardized transfer procedures. [NEW YORK REVIEW OF BOOKS, 3/15/2009] The directive, known as a memorandum of notification, will become the foundation for the CIA's secret prison system. The directive does not spell out specific guidelines for interrogations. [NEW YORK TIMES, 9/10/2006] Bush also approves a secret "high-value target list" containing about two dozen names, giving the CIA executive and legal authority to either kill or capture those on the list. The president is not required to approve each name added to the list and the CIA does not need presidential approval for specific attacks. Further, a presidential finding gives the CIA broad authority to capture or kill terrorists not on the list; the list is merely the CIA's primary focus. The CIA will use these authorities to hunt for al-Qaeda leaders in Afghanistan. [NEW YORK TIMES, 12/15/2002]~~

[106] A tal respecto, es conveniente indicar que tres de esos black sites encontraron ubicación en territorio europeo. Dos en países que se convertirían con el tiempo en Estados Miembros (Rumanía y Polonia) y otra en un país sobre el cual no hacía mucho se había

Sólo una vez que esos espacios constitucionales vacíos se *normalizan*, una vez que el recalibrado constitucional ya se ha ensayado en espacios externos al ámbito territorial de señorío de la constitución, se procede a *patriar* las nuevas soluciones jurídicas y a *aplicarlas* a ciudadanos estadounidenses.

Esa doble operación de *normalización* comenzó con José Padilla. Este ciudadano estadounidense fue detenido en Mayo de 2002 al ingresar en territorio estadounidense tras un largo periplo por Oriente Medio. Retenido inicialmente retenido gracias a la treta procesal–de la que abuso la administración Bush II en los meses posteriores al 11-S– de considerar al arrestado como testigo relevante (material witness) en una investigación penal. El 9 de Junio de 2002 fue declarado *combatiente enemigo* y arrestado en una base naval de Carolina del Sur. Tras tres años detenido por mero *fiat* presidencial, fue acusado formalmente de varios delitos relacionados con el terrorismo y llevado ante tribunales ordinarios.

Yaser Esam Hamdi, nacido en Estados Unidos y poseedor de la nacionalidad estadounidense en aplicación del *ius soli*, fue hecho prisionero en Afganistán y trasladado a Guantánamo en 2001. Una vez que se verificó su condición de ciudadano estadounidense, fue trasladado a una base naval de Virginia, y posteriormente a otra de Carolina del Sur, pero mantenido en detención gubernativa. Fue liberado en 2004, después de que el Tribunal Supremo afirmase su derecho al writ de habeas corpus. Las autoridades estadounidenses alcazaron un acuerdo con Hamdi, por el cual fue inmediatamente liberado a cambio de abandonar el país, trasladarse a Arabia Saudita y renunciar a la ciudadanía estadounidense.

Finalmente, Ali Saleh Kahlah al-Marri, residente legal en Estados Unidos, fue detenido en el 2001, y originalmente retenido gracias al uso expansivo de las disposiciones procesales atinentes a los testigos de cargo (*material witnesses*). Tras seis años en detención gubernativa en bases navales en territorio de Estados Unidos (el único caso de no ciudadano sujeto a detención gubernativa en el territorio de Estados Unidos) fue llevado a juicio y condenado al inicio del mandato de Obama.

La patriación y extensión a ciudadanos estadounidenses del *brave new constitutionalism* ha avanzado bajo la administración de Obama.

---

librado una guerra (Kosovo), y sobre cuyo actual Primer Ministro pesan gravísimas (y desgraciadamente plausibles) acusaciones, confortadas por el informe de Dick Marty actuando en nombre de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

En ciertos aspectos, *malgré* la posición del Presidente y de sus juristas; en otros, a causa de sus decisiones.

En primer lugar, el *National Defense Authorization Act para el 2012* de facto extiende la posibilidad de detener a ciudadanos estadounidenses en territorio estadounidense. Obama se ha opuesto a ello, pero no se ha valido del veto, sino del *signing statement*, técnica central del *brave new constitutionalism*. Y ha forzado la exclusión tanto de ciudadanos como de residentes legales mediante el uso de sus poderes presidenciales.[107]

En segundo lugar, la administración Obama no sólo ha aumentado de forma exponencial el número de 'ataques de precisión', sino que ha realizado al menos un ataque que tenía por objeto el asesinato de un ciudadano estadounidense, y en el que murió un segundo ciudadano estadounidense.

III. LA AMENAZA EXISTENCIAL Y EL PODER PRESIDENCIAL

La amenaza existencial que el *brave new constitutionalism* afirma se cierne sobre Estados Unidos en el mundo post-11 no sólo requiere nuevos conceptos jurídicos y nuevos contenidos normativos, sino también una reconfiguración de la estructura institucional y del proceso de toma de decisiones. El *brave new constitutionalism* implica el reforzamiento (rayano en la elefantiasis) del poder del Presidente de la República. El carácter híbrido de la *guerra contra el terrorismo* conduce a la yuxtaposición permanente de los poderes civiles y militares del Presidente.

En buena medida, el *brave new constitutionalism* ha instrumentalizado la escasa densidad normativa de la Constitución de Estados Unidos en lo que concierne a las "situaciones de emergencia"[108] para afirmar que en tales circunstancias es necesario alterar el proceso de forja de la voluntad colectiva.

La administración Bush II defendió de forma implícita un papel *cuasi-constituyente* del Presidente en tales circunstancias, basándose en la exclusiva combinación de *legitimación democrática directa y efectiva capacidad de toma de decisiones de forma rápida sino inmediata.*

---

[107] Charlie Savage, 'Obama Issues Waivers on Military Custody for Terror Suspects', *The New York Times*, 28 de Febrero de 2012, http://www.nytimes.com/2012/02/29/us/politics/obama-issues-waivers-on-military-trials-for-foreign-qaeda-suspects.html?ref=charliesavage.

[108] Sobre la escasa o nula densidad de la Constitución Estadounidense y de su práctica constitucional, véase ACKERMAN, B., *Antes de que nos ataquen de nuevo*, Península, Barcelona, 2008.

Para ello se valieron tanto de presuntos precedentes históricos (en particular, del uso del poder presidencial por parte de Lincoln durante la Guerra Civil y de Franklin Delano Roosevelt durante la Segunda Guerra Mundial); como de la peculiar combinación de legitimación democrática y capacidad de actuar de forma rápida y decisiva del Presidente de la República. Sólo el Presidente combina la legitimidad democrática (pues aunque formalmente el Presidente es elegido por el Colegio Electoral –como tuvimos ocasión de recordar al socaire de las elecciones de 2000,– en la práctica constitucional son los ciudadanos en tanto que *We the People* los que designan con su voto al Presidente) y la capacidad funcional para hacer frente *mediante* una nueva *articulación* jurídica de los valores constitucionales a la amenaza constitucional que se cierne sobre la república. Y ello en tanto en cuanto la Presidencia, a diferencia de la judicatura o el Congreso, es capaz de tomar decisiones rápidas, unívocas y basadas en el capital de conocimiento generado y facilitado por las estructuras de gobierno civil, militar y "cognitivo" (esencialmente, los varios servicios secretos y agencias de inteligencia).[109]

De este modo, no sólo se asume implícitamente que las situaciones excepcionales, como la propia de la presunta amenaza existencial del "nuevo terrorismo", son los momentos de la verdad constitucionales (lo que en sí mismo es cierto, tristemente cierto en este caso) sino que es en esas situaciones excepcionales en las que verdaderamente se forja la Constitución. En forma canónicamente schmittiana, pues, no sólo la soberanía se pone de manifiesto decidiendo "excepciones", sino que el Presidente, en tanto que verdadero guardián de la Constitución, *defiende el derecho* en las situaciones de excepción, incluyendo esa defensa, si es preciso, la marginación de las caducas normas constitucionales previas.

La administración Obama, si bien no ha negado que tales prerrogativas presidenciales puedan derivarse de la estructura profunda de la Constitución de Estados Unidos, parece más bien dispuesta a aceptar que ese poder cuasi-constituyente ha de ser compartido con el Congreso de Estados Unidos.

---

[109] Con ello flirtea, o quizá sería apropiado decir fantasea, John Yoo en su dictamen acerca de la autoridad constitucional del Presidente para dirigir operaciones militares contra los terroristas y las naciones que les dan cobijo. 'The President's Constitutional Authority to Conduct Military Operations against terrorists and nations supporting them"', disponible en http://www.justice.gov/olc/warpowers925.htm.

Pese a que buena parte de los juristas de Obama articularon fuertes críticas a la concepción bushiana del poder presidencial,[110] la administración Obama ha evitado todo pronunciamiento general sobre la extensión de las prerrogativas que corresponden al Presidente.

Desde el inicio de su mandato, los discursos públicos de Obama y de sus asesores jurídicos han sido notablemente ambivalentes en lo que a esto concierne. A una retórica *constitucionalista*, que se apoya implícita o explícitamente en la experiencia de Obama como profesor de derecho constitucional en la Universidad de Chicago, se solapa la defensa del pragmatismo y la flexibilidad en el uso de los poderes constitucionales.[111] Al tiempo que las decisiones concretas que han ido siendo adoptadas durante el primer mandato de Obama–en los términos ya considerados en secciones anteriores–ponen de relieve un reflujo hacia una concepción del poder presidencial no tan distante de la defendida por los juristas de corte de Bush II. Hay en particular cuatro aspectos en los que la práctica constitucional de Obama ha alentado, sino reforzado, el reforzamiento del poder presidencial anejo al *brave new constitutionalism*.

---

[110] Algo que ha sido no sólo discutido en la opinión pública, sino movilizado ante los tribunales. Véase, por ejemplo, http://www.emptywheel.net/tag/neal-katyal/: "Finally, we note that defendants do not challenge the district court's ruling that the President lacks inherent power to disregard FISA's preemption of the state secrets privilege. See 564 F. Supp. 2d at 1121 [ER 108]; supra at 16. Thus, for purposes of this appeal, defendants have forfeited any claim of inherent power to disregard FISA. See, e.g., Independent Towers of Wash. v. Washington, 350 F.3d 925, 929 (9th Cir. 2003). More broadly, defendants have abandoned any defense of the TSP's purported theoretical underpinning that the President may disregard an Act of Congress in the name of national security. This forfeiture should come as no surprise. Top officials in the Obama administration had conspicuously repudiated the inherent power theory before taking office. See Donald Verrilli (now Solicitor General) et al., Brief for Amici Curiae Center for National Security Studies and the Constitution Project, American Civil Liberties Union v. National Security Agency, 493 F.3d 644 (6th Cir. 2007), 2006 WL 4055623, at *2 & *15 (inherent power theory is "particularly dangerous because it comes at the expense of both Congress's and the judiciary's powers to defend the individual liberties of Americans"); Neal Kumar Katyal (now Principal Deputy Solicitor General), Hamdan v. Rumsfeld: The Legal Academy Goes to Practice, 120 HARV. L. REV. 65, 117 (2006) ("overblown assertions" of inherent power "risk lawlessness in the name of national security"); Eric Holder (now Attorney General), Address to American Const. Society (June 13, 2008), http://www.youtube.com/watch?v=6CKycFGJOUs&feature=relmfu (videotape at 3:41–3:52) ("We must utilize and enhance our intelligence collection capabilities to identify and root out terrorists, but we must also comply with the law. We must also comply with FISA."). [my emphasis]

[111] Véase referencia en nota 39.

En primer lugar, la decisión de reforzar el programa de 'ataques de precisión' (i.e. asesinatos selectivos), cuyo número parece haberse quintuplicado bajo la Presidencia Obama. No sólo en tanto que ello supone redefinir los contornos del derecho a la vida–que pasa a ser disponible por el estado fuera de cualquier zona de combate sin tutela judicial de ningún tipo–sino por la forma y la manera en que todo ello se ha decidido: fiat presidencial sustentado en un dictamen secreto de la Oficina de Consejo Jurídico(§46).[112]

En segundo lugar, el Presidente Obama decidió autorizar la participación de Estados Unidos en las hostilidades en Libia, formalmente cubiertas por la Resolución 1970 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas,[113] sin solicitar autorización al Congreso de Estados Unidos, tal como requiere la *War Powers Resolution*, que regula el procedimiento de declaración y entrada en guerra. [114] Aún en el improbable supuesto de que el la guerra en Libia pudiese considerase cubierta por el procedimiento aplicable caso a los ataques a Estados Unidos, el Presidente debería haber solicitado dentro de un plazo de sesenta días, el refrendo del Congreso a su decisión inicial (ex Artículo 1544 de la *War Powers Resolution*). Autorización que no fue solicitada.[115] Los asesores jurídicos del Presidente afirmaron que las actividades eran tan limitadas que no era necesario refrendo alguno.[116] La caída del régimen de Gadaffi cerró la polémica, en buena medida en falso.[117]

[112] Véase referencias en nota 79.

[113] Puede leerse en http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/1970%20(2011). La Resolución fue ligeramente modificada por la 1973, disponible en http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=s/res/1973%20(2011). Las resoluciones del Comité establecido por virtud de la Resolución 1970 pueden consultarse en http://www.un.org/spanish/sc/committees/1970/resolutions.shtml.

[114] El texto de la War Powers Resolution puede consultarse en http://www.law.cornell.edu/uscode/text/50/chapter-33. Sobre la decisión de Obama de no solicitar la autorización del congreso al inicio de las hostiliadadas, véanse Glen Grenwald, 'Obama on presidential war-making powers', *Salon*, 18 de Marzo de 2011, http://www.salon.com/2011/03/18/libya_2/; Bruce Ackerman, 'Obama's Unconstitutional War', *Foreign* Policy, 24 de Marzo de 2011, disponible en http://www.foreignpolicy.com/articles/2011/03/24/obama_s_unconstitutional_war

[115] Bruce Ackerman, 'Legal Acrobatics, Illegal War', *The New York Times*, 20 de Junio de 2011, disponible en http://www.nytimes.com/2011/06/21/opinion/21Ackerman.html; Richard Epstein, 'War Powers and Libya', *Defining Ideas*, 21 de Junio de 2011, http://www.hoover.org/publications/defining-ideas/article/83042.

[116] El dictamen de los servicios jurídicos de la Casa Blanca puede consultarse en http://www.washingtonpost.com/wp-srv/politics/documents/united-states-activities-libya.html.

[117] Un ejemplo del carácter inútilmente bizantino de buena parte de la discusión entre los supuestos expertos en derecho de la seguridad nacional puede encontrarse en 'Peter

En tercer lugar, Obama ha hecho un uso expansivo de la prerrogativa que el Artículo II.2.3 de la Constitución le reconoce en lo que concierne a la designación de cargos públicos que requieran el consentimiento del Senado. La constitución estadounidense prevé que el Presidente pueda realizar esos nombramientos de forma unilateral fuera del período de sesiones del Senado. Tras la victoria de los republicanos en las elecciones de *mid-term* de 2010, Obama tuvo que enfrentarse a la negativa del Senado a confirmar a varios de sus candidatos. Emulando la práctica constitucional desarrollada por los demócratas tras lograr la mayoría del senado en 2007, la nueva mayoría republicana decidió prolongar *formalmente* sus sesiones (mediante la peculiar práctica de que un senador declare la sesión abierta cada tres días, para cerrarla un minuto después), de modo y manera que no hubiera técnicamente recesos, y por tanto, el Presidente no pudiera valerse del Artículo II.2.3 para eludir al Senado.[118] Mientras que Bush II había decidido no realizar más nombramientos durante los recesos parlamentarios *pro forma* urdidos por los demócratas, Obama ha procedido a designar unilateralmente al director de la Oficina de Protección Financiera del Consumidor y a tres miembros de la Oficina Nacional de Relaciones Laborales pese a que los republicanos ~~han hecho uso~~ del mismo uso parlamentario. Las razones que el Presidente articuló en público, más allá de su fundamento político y el juicio que merezca el mismo, se asemejan estructuralmente al discurso bushiano sobre el poder presidencial:

"I refuse to take 'No' for an answer. I've said before that I will continue to look for every opportunity to work with Congress to move this country forward. But when Congress refuses to act in a way that hurts our economy and puts people at risk, I have an obligation as president to do what I can without them".[119]

La polémica en torno a estas designaciones se vio amplificada por el retraso con el que el Ministerio de Justicia hizo público el dictamen

---

Margulies's reporting on AALS panels continues with this dispatch', *Lawfare Blog,* 12 de Enero de 2012, http://www.lawfareblog.com/2012/01/peter-margulies-reports-on-aals-iii/

[118] Un análisis agudo del *background* constitucional en Charlie Savage, *The New York Times Blogs*, 4 de Enero de 2012, http://thecaucus.blogs.nytimes.com/2012/01/04/obama-tempts-fight-over-recess-appointments/. La designación más destacada que realizara Bush II durante un período de receso del Senado fue la de John Bolton como embajador ante las Naciones Unidas.

[119] Aamer Madhani 'Obama to make recess appointment', *USA Today*, 4 de Enero de 2012, http://content.usatoday.com/communities/theoval/post/2012/01/source-obama-to-make-recess-appointment-/1

de la Oficina de Consejo Jurídico atinente al fundamento jurídico de la decisión presidencial.[120]

En cuarto lugar, la práctica bushiana de los *signing statements*, que fuera objeto de severas críticas por buena parte de los que acabaron siendo juristas de Obama, y del propio Obama, ha sido reactivada por el Presidente Obama, de forma constitucionalmente significativa a partir del momento en que los republicanos se han hecho con el control de las dos cámaras. Y ello en la medida en la que los *signing statements* han vuelto a ser el instrumento legal mediante el que el Presidente enjuicia la constitucionalidad de la norma, y al encontrar disposiciones inconstitucionales, especialmente aquellas que interfieren con su concepción de las prerrogativas presidenciales, procede a promulgar la ley mostrando sus reservas y sus intenciones en lo que concierne al modo de aplicación (o de inaplicación) de las normas.[121] Todo ello en lugar de la solución formalmente prevista en la Constitución, es decir, el veto presidencial. Claro ejemplo de un retorno a la práctica más presidencialista y problemática de los *signing statements* son los *Appropiations Bill de 2012*[122] y la *National Defense Authorization Act.*[123]

En buena medida, los juristas de Obama han optado por no renunciar a los poderes que Bush II se había arrogado, al tiempo que el Presidente

[120] http://www.justice.gov/olc/2012/pro-forma-sessions-opinion.pdf, de 6 de Enero de 2012. Sobre la polémica, véase por ejemplo Bruce Ackerman, 'Recess Appointments: Release the Legal Advice', *The Wall Street Journal,* 11 de Enero de 2012, http://online.wsj.com/article/SB10001424052970204257504577150651545098864.html.

[121] Eli Lake, 'Obama Embraces Signing Statements After Knocking Bush for Using Them', *The Daily Beast*, 4 de Enero de 2012, disponible en http://www.thedailybeast.com/articles/2012/01/04/obama-embraces-signing-statements-after-knocking-bush-for-using-them.html.

[122] http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/12/23/statement-president-hr-2055: "I have previously announced that it is the policy of my Administration, and in the interests of promoting transparency in Government, to indicate when a bill presented for Presidential signature includes provisions that are subject to well-founded constitutional objections. The Department of Justice has advised that a small number of provisions of H.R. 2055 raise constitutional concerns".

[123] http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112hr1540enr/pdf/BILLS-112hr1540enr.pdf http://opiniojuris.org/2011/12/31/presidents-signing-statement-on-national-defense-authorization-act/: " Moreover, I want to clarify that my Administration will not authorize the indefinite military detention without trial of American citizens. Indeed, I believe that doing so would break with our most important traditions and values as a Nation. My Administration will interpret section 1021 in a manner that ensures that any detention it authorizes complies with the Constitution, the laws of war, and all other applicable law"

ha hecho un uso menos estridente y aparentemente más circunspecto de tales facultades. Sin embargo, tanto el contenido sustantivo como el modo y manera de aumentar radicalmente los "ataques de precisión" como la falta de interés en lograr la autorización del Congreso para la intervención de Estados Unidos en la guerra de Libia ponen de relieve la persistencia del modelo bushiano.

IV. CONCLUSIONES: DE LOS LÍMITES DEL DERECHO A LA SUBVERSIÓN DEL DERECHO MEDIANTE EL DISCURSO FORMALMENTE JURÍDICO

> "Hacer política es como tocar el violín: hay que coger bien firme el poder con la mano izquierda y hacer que suene la música con la derecha" (*David J. Rothkopf*)

El *brave new constitutionalism* es un discurso *formalmente jurídico*, pero transido de inconsistencias e incoherencias tales que no *debemos* limitarnos a analizarlo y evaluarlo como si se tratase de un discurso jurídico-dogmático constitucional *ordinario*. El *brave new constitutionalism* combina tres técnicas clásicas de manipulación retórica (la radical novedad de los hechos, la maniquea confrontación de lo progresivo a lo caducamente conservador, la defensa de la total discrecionalidad de los gobernantes al enfrentarnos a una amenaza existencial) con el objeto de *dar ropaje constitucional* a lo que de hecho constituye un ataque frontal a los valores constitucionales. La disección del discurso del *brave new constitutionalism* no sólo ha de alertarnos acerca de las graves implicaciones de esa transformación constitucional en marcha, sino que ilumina también temas fundamentales de la teoría del derecho y del estado: los límites del derecho y los flancos abiertos del Estado democrático de derecho.

La primera de las grandes cuestiones teóricas que suscita el estudio del *brave new constitutionalism* es la de los límites del derecho como medio de integración social.

Por una parte, la centralidad e importancia del derecho en las sociedades occidentales explica el carácter ineludible del derecho incluso cuando se pretende subvertir los valores sustantivos del ordenamiento constitucional. El *ensamblaje* jurídico del *brave new constitutionalism,*

el carácter imprescindible de los asesores jurídicos en el desarrollo del programa político de las administraciones Bush II y Obama, en buena medida demuestra que en una sociedad democrática incluso para no cumplir el derecho hace falta envolverse en argumentos jurídicos. Si se precisa dar ropaje jurídico a decisiones que pretenden alterar radicalmente los valores constitucionales, y llevarnos más allá del Estado Social y Democrático de Derecho, es porque los ciudadanos y buena parte de los actores institucionales tratan de ser *leales* al Estado Social y Democrático de Derecho; creen en el derecho como medio de integración social. Es porque la práctica constitucional está, si bien parcial e imperfectamente, informada por los valores constitucionales que la senda *de menor resistencia* para quien pretende alterar o subvertir esos valores es la de pretender que en realidad los está defendiendo.

Por otra, el éxito (siquiera parcial) de los juristas de corte de Bush II y de Obama revela que el vicio no tiene que pagar un precio muy alto al rendir pleitesía a la virtud. El intento de "constitucionalización" de las doctrinas del *brave new constitutionalism* pone de relieve no sólo la posibilidad teórica de manipulación de la *forma del derecho*, sino la efectividad de esta manipulación.

De esta forma no se demuestra tanto la inutilidad del discurso jurídico, ni siquiera su puro carácter super-estructural, como se ponen de manifiesto los límites de un discurso jurídico no anclado en una cultura constitucional y una práctica política *vivas*. O dicho de otro modo, el éxito del *brave new constitutionalism* nos recuerda la imposibilidad de cerrar de una vez y para siempre la relación entre derecho y política, la imposibilidad del tentador *constitucionalismo* apolítico, de la reducción del derecho a una forma jurídica *más allá de la política*, anclada en unos supuestos valores objetivos. Como es en buena ~~medida~~ el caso de construcciones teóricas como el global administrative law o la multi-level governance (o el global constitutionalism). Y que se manifiesta en aspectos de nuestras teorías del derecho y constitucionales de las últimas tres décadas, que han abonado el terreno del *brave new constitutionalism.* Ello nos lleva a la segunda cuestión teórica que cabe iluminar con las cuestiones que se suscitan en el presente estudio, es decir, las tres debilidades estructurales del Estado democrático de derecho.

La innovación conceptual del *brave new constitutionalism*, que desempeña –como vimos– un papel fundamental en la reivindicación del carácter *nuevo* del mundo post 11-S no es sino una forma de *palingenesia*

invertida o reaccionaria al servicio de la manipulación de la percepción de la realidad.

Como es bien sabido, el derecho no tiene una realidad empírica, sino moral o normativa. Es parte de la estructura imaginaria de la sociedad. El carácter convencional del derecho (como de otras instituciones sociales) hace posible la libertad y creatividad humanas, pero también implica graves riesgos. El derecho es un potencial instrumento de manipulación en la medida en la que puede convertirse en el medio de *alteración de la percepción de la realidad.* Si las categorías jurídicas no responden a la realidad, sino que se ponen al servicio de la manipulación de la percepción de la realidad, estas nuevas categorías jurídicas cesan de desempeñar funciones de integración social, y se convierten en instrumentos ideológicos al servicio de quien acuña y generaliza esas categorías. Se colocan de este modo al servicio de la estabilización de la reacción.

Esta palingenesia reaccionaria tiene varios precedentes en el discurso constitucional de las últimas tres décadas. Basta pensar en la reiterada afirmación de la necesidad de adaptar el lenguaje constitucional a la presunta nueva realidad *post-nacional* y *post-estatal* del mundo (novedad que se explica mediante referencia a causas diversas y variables, aunque entre las más populares estén sin duda la caída del muro de Berlín y la alteración de la base económica por esta o aquella revolución tecnológica o intelectual). En este sentido estructural, no hay gran diferencia entre el *brave new constitutionalism* y los varios discursos que presentan a las estructuras de gobernanza, sean o no multi-nivel, como alternativas radicales al Estado Social y Democrático de Derecho.

De forma semejante, la reponderación de los valores constitucionales y la eliminación del carácter "inderrotable" de determinadas reglas constitucionales no constituye sino una aplicación "radical" de las distintas teorías que reducen la solución de los conflictos constitucionales a un problema esencialmente cognitivo y pretenden establecer fórmulas "objetivas" que erradiquen el componente discrecional de estas decisiones. Se trata, en suma, de dar un uso alternativo a las distintas teorías de la argumentación jurídica elaboradas en las última cuatro décadas, eliminando su fundamento y anclaje político, y exacerbando (y desplazando al ejecutivo, como recordaré ahora mismo) la loa a la creación *no política* del derecho. Que los actores apoderados para llevar a cabo las ponderaciones "técnicas" sean los juristas de corte en lugar de los jueces

supone una mera variación dentro del tema de la producción "cognitiva" del derecho.

Finalmente, la exaltación del poder del Presidente de la República en situaciones de amenaza existencial no sólo refleja la renuncia al primado de la política –sin el cual el Estado Social y Democrático de Derecho se condena a la impotencia– sino la *ocultación* de la trascendencia de la política mediante el recurso a lo que podríamos denominar como el populismo *plebeyo*.

La forja del Estado Social y Democrático de Derecho en ambas orillas del Atlántico fue el fruto maduro del *aprendizaje del desastre*. La crisis de 1929, y sobre todo, las consecuencias políticas y sociales de la misma–especialmente catastróficas en Europa–demostraron ampliamente el carácter quimérico de un Estado Democrático de Derecho al albur de la evolución de su entorno socio-económico. El Estado Social y Democrático de Derecho se asienta en la premisa de que la democracia sólo es posible si es la política, y no su entorno, la que controla sus propios tiempos –que no son, y que no pueden ser, los tiempos de los llamados mercados. De esta necesidad existencial deriva no sólo la inclusión definitiva del componente "Social" en los estados de posguerra sino la apertura a la integración supranacional de estos estados. Integración que no consiste en la *liberación* del control político de las fuerzas transnacionales, sino en la *firme sujeción* de las mismas a la disciplina constitucional, tanto en el ámbito económico, como en el militar y de seguridad.

En este sentido, "la amenaza existencial" de Al Qaeda es tan sólo una variante de las numerosas "amenazas existenciales" que han proliferado en las últimas tres décadas (ecológica, económica, social, etc...). La multiplicación de "amenazas existenciales" es la consecuencia inmediata de la renuncia de los estados al control de su entorno social y económico. Renuncia que trae en buena medida causa de la victoria del discurso neoliberal que "colonizó" el programa de los principales partidos políticos en las tres últimas décadas. Una vez que el estado renuncia a ser "valiente" y a hacer frente a los poderes sociales y económicos, una vez que el estado se convierte en mero comparsa cobarde, es inevitable que reaparezcan las "emergencias" a las que hubieron de hacer frente los Estados Democráticos de Derecho en el período de entreguerras.

El *brave new constitutionalism* evita considerar las causas profundas de las emergencias y propone, de modo estructuralmente parecido a lo que fuera el caso en los años treinta, un populismo "plebeyo", o lo que

es lo mismo, la concentración de poderes en manos del Presidente de la República en tanto que actor institucional capaz de ser efectivo y legítimo al mismo tiempo. Pero de este modo se justifica una radical deriva *ejecutiva* sin por otra parte considerar que buena parte de los problemas que hacen inefectivas las decisiones *constitucionales ordinarias* no harán inefectivas y normativamente suicidas las decisiones del Presidente de la República.

¿Es el *brave new constitutionalism* un fenómeno estrictamente ~~europeo~~? No es aventurado afirmar que hay una relación entre la condición imperial de Estados Unidos y elementos centrales del discurso del *brave new constitutionalism*. Es también difícil ~~de~~ rebatir que los juristas que impulsaron el mismo, tanto bajo la Presidencia de Bush II como de Obama, son los frutos menos gratificantes que da el árbol de las grandes *law schools* estadounidenses.[124] Y sin embargo, la deriva ejecutiva y el fetichismo constitucional característicos tanto del proceso de ratificación del Tratado de Lisboa como del gobierno de las crisis financiera, económica y fiscal de la Unión Europea nos deben hacer reflexionar. El *brave new constitutionalism* se apoya en condiciones socio-económicas y en estructuras institucionales característicamente comunes a todos los Estados que se dicen democráticos de derecho, por lo que no ha de extrañarnos su eventual expansión a este lado del Atlántico.

V. POST-SCRIPTUM O CODA FINAL.

Este trabajo trata de tomarse muy en serio el *brave new constitutionalism* sin por ello "dignificar" el discurso y la práctica constitucional de las administraciones Bush II y Obama.

Toda reconstrucción teórica corre el riesgo de "normalizar" e incluso de "ensalzar" su propio objeto. Estudiar el *brave new constitutionalism* implica necesariamente prestar atención a lo que diga y argumente su autor.[125] Para que la "atención" no implique "ensalzamiento" es fundamental determinar en calidad de qué se estudian las cosas. Enfrentados

---

[124] Cfr. SPITZER, R., *Saving the Constitution from Lawyers*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

[125] Sobre cómo hacerlo sin incurrir en ese error, véanse los trabajos fundamentales de DANNER, M., ahora recogidos en *Stripping Bare the Body: Politics Violence War*, Nation Books, New York, 2009 (antología que recoge no sólo los trabajos sobre la tortura en la guerra contra el terrorismo).

a un discurso formalmente jurídico que pretende constitucionalizar la detención por *fiat* presidencial, que ha valido para justificar tratos crueles, inhumanos y degradantes, y que ha logrado que al hablar de "asesinatos selectivos" nos indigne más la falta de proceso legal que el hecho mismo de que se acabe con una vida humana, un análisis jurídico-dogmático es sencillamente insuficiente y probablemente inoportuno. En los años más oscuros de la presidencia Bush II, Jeremy Waldron hizo una observación fundamental acerca de la inconveniencia de recoger el guante del *brave new constitutionalism* y ponerse a discutir acerca del carácter absoluto o no de la tortura: "There are some scales one really should not be on, and with respect to which one really does not have a legitimate interest in knowing precisely how far along the scale one is permitted to go".[126] Entrar a rebatir el argumento de los juristas de Bush II (entonces) y de Obama (ahora, por ejemplo en el caso Manning) supone implícitamente reconocer una plausibilidad y dignidad al argumento que no merece. El artículo de Waldron opta en consecuencia por explorar las razones por las que hemos de defender el carácter absoluto de la prohibición de la tortura. Esa defensa debe, a mi juicio, completarse con la disección del discurso formalmente jurídico-constitucional del *brave new constitutionalism*, con el objeto de revelar en qué medida no es tan sólo un discurso formalmente jurídico. Que es lo que he intentado hacer en este trabajo. Para ello me he servido de instrumentos analíticos de la teoría y la dogmática jurídicas, pero de modo auxiliar. Diseccionar un argumento con el objeto de revelar su propósito. Tal tarea no puede ser sino abierta y declaradamente partisana. No hay neutralidad alguna en las páginas que preceden, sino una postura netamente escorada hacia la defensa del *viejo* derecho del Estado Social y Democrático de Derecho. Entre el verdugo y su víctima no hay neutralidad posible. Espero, sin embargo, haber sido lo más objetivo posible, o cuando menos, lo menos tendencioso posible.

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, B., *Antes de que nos ataquen de nuevo*, Península, Barcelona, 2008.

- *The Fall and Decline of the American Republic*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2010.

[126] WALDRON, J., "Positive Law and Torture: A Jurisprudence for the White House", *Columbia Law Review*, nº 105, 2005, pp. 1681-1750, p. 1701.